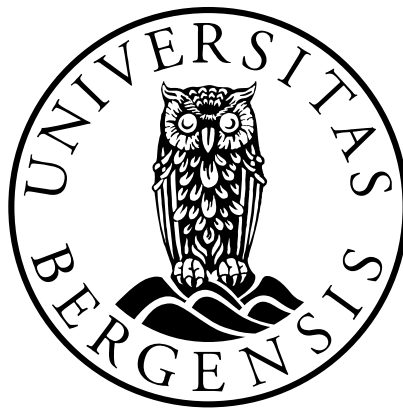


Politi- og privatprovokasjon i straffesaker

En sammenligningsanalyse av politi- og privatprovokasjon

Kandidatnummer: 106

Antall ord: 14 701



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

7. juni 2021

Side 1 av 54

Innholdsfortegnelse

1.0 Innledning.....	5
1.1 Oppgavens tema og problemstilling	5
1.2 Den metodiske fremstillingen og rettskildebildet.....	6
1.3 Begrepsavklaring og avgrensninger	8
1.4 Den videre fremstillingen	9
2.0 Provokasjon – en «utradisjonell» og «ekstraordinær» etterforskningsmetode	10
3.0 Politiprovokasjon	12
3.1 Politiprovokasjonens nedre og øvre grense	12
3.2 Ulike former for politiprovokasjon i etterforskningssammenheng	14
4.0 Hva er privat provokasjon?	16
5.0 Hjemmelsgrunnlag og rettslige skranker.....	17
6.0 Grensedragningen mellom politiprovokasjon og privatprovokasjon	22
7.0 Hensynene som aktualiseres ved provokasjon	24
7.1 Kriminalitetsbekjempelse	24
7.2 Tillit til politiet, og unngåelse av privat rettshåndhevelse.....	25
7.3 Rettssikkerhet	26
7.4 Kriminaliserings- og misbruksfaren	29
8.0 Vilåårene for provokasjon.....	31
8.1 Iverksette etterforskning	32
8.2 Grunnvilkåret.....	32
8.2.1 Grunnvilkåret ved privat provokasjon	35
8.2.2 Initiativtakeren	38
8.2.3 Marked	40
8.2.4 Endring i tid, sted og utførelse	41
8.3 Tilleggsvilkårene	42

8.3.1 Mistanke om alvorlig kriminalitet.....	43
8.3.2 Forholdsmessighetskravet.....	44
8.3.3 Subsidiaritet	45
8.3.4 Ikke være i strid med andre prosessuelle grunnprinsipper.....	45
8.4 Beslutningskompetansen og krav til notoritet	46
9.0 Lovfesting av politiprovokasjon?.....	46
10.0 Avsluttende bemerkninger	48
11.0 Litteraturliste	51
11.1 Lover og konvensjoner	51
11.2 Forarbeider og offentlige publikasjoner	51
11.3 Rettspraksis.....	52
11.3.1 Høyesterettsavgjørelser.....	52
11.3.2 Avgjørelser fra ting- og lagmannsrett	52
11.3.3 Avgjørelser fra internasjonale domstoler	53
11.4 Litteratur	53
11.5 Avisartikler og nettsider	54

1.0 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Provokasjon er et begrep som man risikerer å støte på i flere ulike måter i straffeprosessen og strafferetten. I strafferetten og straffeprosess vil ulike former for provokasjon ha betydning i en rekke situasjoner. I denne fremstillingen er temaet provokasjon utført enten under ledelse og kontroll av politiet, eller etter initiativ fra privatperson i den hensikt å få en person tiltalt for et straffbart forhold. Siden 1970-tallet har provokasjon utviklet seg til å bli en nyttig og mye anvendt etterforskningsmetode for politiet, for å oppklare og tiltale lovbrudd som er vanskelig å oppklare ved ordinære etterforskningsmetoder. Ved eksempelvis omfattende narkotikaforbrytelser, og i de senere år seksuelle overgrep mot barn har metoden vært nyttig.

Etterforskning, oppklaring og bekjempelse av kriminalitet faller i utgangspunktet under politi og påtalemyndighetens ekspertise og myndighet jf. Lov 4. april 1995 nr. 53 om politiet (politiloven) § 2. Samtidig er det slik at kriminelle handlinger skaper reaksjoner hos privatpersoner, særlig seksuelle overgrep mot barn. Denne formen for forbrytelser har ført til at private aktører har tatt loven i egne hender, enten ved å henge ut mistenkte eller tidligere dømte¹, eller ved å samle elektroniske spor og informasjon på jakt etter en lovbryster². Flere saker har kommet opp i rettssystemet, i tillegg har media i større grad gitt dette stadig mer omtale. Internett og sosiale medier har skapt en ny digital form for offentlighet, hvor alminnelige borgere har fått et langt større ytringsrom, og et videre nedslagsfelt for sine ytringer. Uavhengig av tid og sted kan man skape seg et nettverk og diskutere anonymt med likesinnede. I forlengelsen av dette har det vokst frem en ny type rettshåndhevelse og folkedomstol, eller digital gapestokk som det blir kalt av kritikerne³.

Temaet for oppgaven er provokasjonsbruken i straffesaker, med utgangspunkt i en sammenligning av politi- og privatprovokasjon, med hovedfokus på hensynene og vilkårene

¹ Sundby, NRK.no, *Familiefar uthengt av «overgrepsjeger» på nett: - Som å få et nakkeskudd*, lest 04.06.21

² Lomell (2020) kap. 1

³ l.c.

for lovlig provokasjon. Hovedproblemstillingen er hvordan og i hvilken grad politi- og privatprovokasjon skiller seg fra hverandre.

1.2 Den metodiske fremstillingen og rettskildebildet

Den metodiske fremstillingen vil være rettsdogmatisk med en redegjørelse og beskrivelse av gjeldende rett så langt det lar seg gjøre. Videre vil det avslutningsvis trekkes inn noen rettspolitiske synspunkt ved spørsmålet om politiprovokasjon bør lovfestes.

Ved redegjørelsen for temaet vil den alminnelige rettskildelæren anvendes. Følgelig tas det utgangspunkt i rettskildefaktorene. Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker er det alminnelige utgangspunktet for tolkningen og forståelsen av straffeprosessen, og ved anvendelsen av juridisk metode må loven være utgangspunktet. Imidlertid er en stor del av straffeprosessen basert på ulovfestet rett som har sitt hjemmelsgrunnlag i praksis fra Høyesterett, sedvane, forarbeider og reelle hensyn. Provokasjon befinner seg i denne kategorien.

Både politi- eller privatprovokasjon baserer seg på ulovfestet rett. Det er fastslått av Høyesterett i rt. 1984 s. 1076 på s. 1079 og fulgt opp i senere rettsavgjørelser at politiprovokasjon ikke krever hjemmel i lov. Følgelig er lovtekst ikke en del av rettskildebildet. De nærmere vilkårene og rammene for politiprovokasjon er utviklet gjennom langvarig rettspraksis⁴. Høyesterettspraksis er derfor en svært tungtveiende rettskilde for de nærmere vilkårene for lovlig provokasjon.

Videre er politiprovokasjon omtalt i flere forarbeider. Provokasjon har vært foreslått lovfestet en rekke ganger, og ble i forbindelse med forslag om lovfesting gjennomgått og vurdert i NOU 2004: 6. Lovfestingsforslaget ble ikke fulgt opp, men i NOU 2016: 24 dukket lovfestingsspørsmålet opp i forbindelse med arbeidet med å utforme ny straffeprosesslov. Lovforarbeider uten lovregel har mindre rettskildemessig vekt enn forarbeider normalt har når de bygger oppunder en lovfestet rettsregel. Samtidig gir forarbeidene, særlig NOU 2004: 6, en

⁴ Rundskriv nr. 2/2018 s. 1

god fremstilling, oppsummering og systematisering av vilkårene og rettspraksisen. Av den grunn er forarbeidene likevel relevante tolkningsbidrag.

Videre kom det i 2018 et nytt rundskriv fra Riksadvokaten⁵ som også er av stor relevans. Riksadvokatens rundskriv har i utgangspunktet liten direkte autoritativ rettskildemessig betydning⁶. I praksis ser man imidlertid at anvisningene og retningslinjene fra Riksadvokaten tillegges stor vekt⁷. I rt. 2000 s. 1223 bruker Høyesterett Riksadvokatens rundskriv for å klargjøre vilkårene for provokasjon, samt den nærmere forståelsen av disse. Det nye rundskrivet som kom i 2018 erstattet det tidligere fra 2000, og fastsetter en nærmere regulering av metodebruken i påvente av mulig lovfesting⁸.

Juridisk litteratur tar til en viss grad opp problemstillinger i relasjon til provokasjon. Temaet er berørt i enkelte lærebøker. Hopsnes' artikkel fra 2003 og Andorsens artikkel fra 2001 innehar en omfattende redegjørelse, og er vist til flere ganger i NOU 2004:6. For privatprovokasjon sin del foreligger det lite juridisk teori.

Internasjonale rettskilder er også relevant. For provokasjon fra politi og private gjelder det særlig den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og avgjørelser avsagt av den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). EMK er gjort til norsk lov ved Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2. Av særlig aktualitet er EMK art. 8 om retten til privatliv, og art. 6 om retten til rettferdig rettergang. Konvensjonen bidrar til å sette skranker for lovligheten av provokasjonsadgangen, både for politi og privatpersoner.

For provokasjon fra privatpersoner er rettskildene mer begrenset. Det er lite rettspraksis og øvrige rettskilder som sier noe spesifikt om rettstilstanden. For norsk retts vedkommende er rt. 2011 s. 1455 den prinsipielle avgjørelsen. Dette er per dags dato den eneste høyesterettsavgjørelsen for dette temaet. Her oppstiller Høyesterett enkelte vilkår for

⁵ Rundskriv nr. 2/2018

⁶ NOU 2017: 5 s. 71

⁷ l.c.

⁸ Rundskriv nr. 2/2018 s. 1

privatprovokasjon. Det foretas imidlertid ingen lang og grundig vurdering av hvordan rettstilstanden er, men det utledes noen enkelte nærmere vurderingstemaer.

I senere tid har det blitt avsagt relevante avgjørelser i ting- og lagmannsrett som viser til vurderingstemaet oppstilt i rt. 2011 s. 1455. Av særlig interesse her er den såkalte «Lisa»-saken fra både ting- og lagmannsrett⁹. Rettsavgjørelser fra ting- og lagmannsrett har langt mindre rettskildemessig vekt enn de etablerte rettskildefaktorene som Høyesterettspraksis, forarbeider og sedvane har. Til tross for at de har lite rettskildemessig vekt velger jeg å bruke dem, ettersom det er svært begrenset med øvrige rettskilder på området.

Ettersom både politi- og privatprovokasjon er ulovfestet vil hensynene som begrunner vilkårene være svært relevante. Hensynene bak reglene bidrar i stor grad til å begrunne både provokasjonsadgangen, og vilkårene som begrenser denne.

1.3 Begrepsavklaring og avgrensninger

Selve begrepet provokasjon har et negativt ladet preg, og har ofte blitt brukt for å betegne den ulovlige provokasjon. Lovlig provokasjon har ofte blitt betegnet som «etterforskning med provokasjonstilsnitt»¹⁰, og ikke bare provokasjon. Riksadvokaten har imidlertid ikke lagt noen begrensninger for provokasjonsuttrykket¹¹. Høyesterett har også brukt provokasjon både om lovlig og ulovlig provokasjon. Av den grunn vil jeg bruke begrepet provokasjon både om den lovlige og den ulovlige provokasjonen.

I norsk rett skilles det mellom provokasjon som en straffeprosessuell etterforskningsmetode, og straffrihetsgrunn. Provokasjon som straffrihetsgrunn er eksempelvis de tilfeller hvor fornærmede i en voldssak fremprovoserer volden ved forutgående skjellsord jf. lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 271. Oppgavens tema er provokasjon som

⁹ TSTRO-2016-73565, LF-2016-106879,

¹⁰ NOU 1997: 15 s. 183

¹¹ Rundskriv nr. 2/2018

etterforskningsmetode, provokasjon som straffrihetsgrunn avgrenses det derfor mot.

Formålet med politiprovokasjon kan være å fremprovosere grunnlag for tiltale i en sak, å skaffe bevis som skal anvendes under en videre straffeforfølgning, for å forebygge eller avverge straffbare handlinger, eller bringe tilbake stjålne gjenstander¹². Følgelig har det i rettspraksis og juridisk teori vært trukket et skille mellom tiltaleprovokasjon, bevisprovokasjon, forebyggende og avvergende provokasjon. Temaet for oppgaven er tiltaleprovokasjon, og det avgrenses derfor mot bevisprovokasjon, forebyggende og avvergende provokasjon. I kap. 3.2 går jeg likevel noe inn på skillet mellom bevis- og tiltaleprovokasjon, ettersom metodene i mange tilfeller kan være sammenfallende.

Videre avgrenses det også mot en nøyere drøftelse av følgene av provokasjon. Hovedfokuset i oppgaven er på vilkårene. Jeg kommer kort inn på virkningene, men utbroderer ikke noe videre.

1.4 Den videre fremstillingen

I første rekke vil det bli redegjort for hva provokasjon er, både fra politi og privatpersoner, herunder også trekke opp den nærmere grensen mellom provokasjon og tilgrensende etterforskningsmetoder for politiet, som infiltrasjon og spaning. Videre vil jeg gå inn på hjemmelsgrunnlagene og de ytre rammene for politi- og privatprovokasjon. I kap. 6 går jeg nærmere inn på grensedragningen mellom politi- og privatprovokatør, og i kap. 7 ser jeg på hensynene som ligger bak vilkårene det redegjøres for i kap. 8. Avslutningsvis vil jeg gå inn på spørsmålet om hvorvidt politiprovokasjon bør lovfestes, før jeg trekker frem noen avsluttende bemerkninger.

¹² Rundskriv nr. 2/2018 s. 1

2.0 Provokasjon – en «utradisjonell» og «ekstraordinær» etterforskningsmetode

Dagens kriminalitet er i stadig utvikling, og det er viktig at etterforskningsskrittene politiet har rom for å benytte utvikler seg i samsvar med dette. I takt med samfunnsutviklingen foregår flere og flere kriminelle handlinger over internett og ved bruk av elektroniske virkemidler. Kriminalitetstyper som narkotikakriminalitet og overgrep mot barn er i stadig utvikling, og en stor andel seksuelle overgrep mot barn foregår over nettet¹³. I tillegg er særlig narkotikakriminalitet i mange tilfeller «offerløs», da det sjelden foreligger en formell anmeldelse i bunn. Mennesker blir utvilsomt rammet og gjort til offer av narkotika, men ikke på samme måten som ved eksempelvis voldsforbrytelser, hvor man har en konkret fornærmet. En person som kjøper narkotika vil sjelden eller aldri anmelde den han kjøpte av, ettersom vedkommende selv har utført en kriminell handling. Følgelig er politiet avhengig av å kunne foreta etterforskningsskritt som motbør til dette.

For at politiet skal kunne iverksette en etterforskning må det foreligge «rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold» som følge av «anmeldelse eller andre omstendigheter» jf. strpl. § 224 (1) jf påtaleinstruksen § 7-4 (1). Tradisjonelt starter etterforskningen ofte med en anmeldelse, og går videre gjennom de ordinære etterforskningsmetodene som avhør av mistenkte og vitner, leting etter bevis, politiets egne observasjoner etc.¹⁴. Dette betegnes som tradisjonelle etterforskningsmetoder som politiet kan foreta seg i kraft av sin etterforskningskompetanse, uten ytterligere lovhjemmel¹⁵.

En anmeldelse er imidlertid ikke noe vilkår for engasjement fra politiets side, da etterforskning også kan foretas dersom «andre omstendigheter» tilsier at det er «rimelig grunn» til å undersøke om det foreligger et «straffbart forhold». Det kreves ikke rimelig grunn til å tro at det faktisk foreligger et straffbart forhold, det er tilstrekkelig at det er rimelig grunn til å undersøke hvorvidt det har skjedd noe straffbart¹⁶. Terskelen for å iverksette etterforskning er relativt lav. Ved forhold som ikke anmeldes er politiet avhengig av å selv

¹³ Kripos, *Seksuell utnyttelse av barn og unge over internett*, (2019) s. 1 og s. 17

¹⁴ NOU 2004: 6 s. 54

¹⁵ I.c.

¹⁶ Fredriksen (2018) s. 97

skaffe seg informasjonen vedrørende det potensielt straffbare forholdet. I slike tilfeller kan politiet se seg nødt til å ta i bruk etterforskningsmetoder som betegnes som «utradisjonelle» eller «ekstraordinære»¹⁷. Disse betegnelsene har ikke vært tatt i bruk i lovgivningen, og har ikke direkte rettslig innhold, men brukes for å beskrive metoder hvor politiet spiller en mer aktiv rolle i etterforskningen enn ved tradisjonelle etterforskningsskritt¹⁸. Eksempler på denne formen for etterforskningsmetoder er spaning, informantbehandling, kommunikasjonskontroll, infiltrasjon og provokasjon¹⁹. Selv om disse typene for etterforskningsskritt betegnes som «utradisjonelle», har de ikke nødvendigvis så mye til felles. Hjemmelsgrunnlagene skiller seg fra hverandre, og det er heller ikke slik at dette er nye metoder som sjelden brukes. Disse formene for etterforskning er noe politiet benytter seg hyppig av, og har vært i bruk lenge²⁰.

Provokasjon er følgelig en utradisjonell etterforskningsmetode som er tillagt politiet å anvende istedenfor eller i tillegg til de tradisjonelle etterforskningsmetoder. I strpl. § 225 (1) første punktum følger det at etterforskning skal «iverksettes og utføres av politiet», hvorpå politiet skal forstås som påtalemyndigheten i politiet²¹. Etterforskning i en straffeprosessuell forstand er politiets eller påtalemyndighetens virksomhet, når hovedformålet er å klarlegge om en forbrytelse er begått, omfanget og karakteren av en eventuell forbrytelse, og hvem som eventuelt er gjerningsmenn og medvirkere²². Dette tilsier at privatpersoner, som utgangspunkt, ikke skal ha noen rolle i politi og påtalemyndighetens etterforskningsvirksomhet²³. Samtidig står privatpersoner fritt til å undersøke på eget initiativ om en forbrytelse er blitt begått, hvem som eventuelt er gjerningsmannen, fremskaffe bevis også videre²⁴. Forskjellen blir at deres virksomhet ikke regnes som etterforskning i henhold til straffeprosessloven, men en privat handling på eget initiativ²⁵.

¹⁷ Fredriksen (2018) s. 135

¹⁸ NOU 2004: 6 s. 55

¹⁹ Fredriksen (2018) s. 135

²⁰ l.c.

²¹ Øyen (2019) s. 151

²² Øyen (2019) s. 147

²³ Lomell (2020) kap. 3

²⁴ Halnes, Ugelvik (2019) kap. 1

²⁵ l.c.

3.0 Politiprovokasjon

Riksadvokaten har i sitt rundskriv fra 2018 forklart det slik at «provokasjon foreligger når politiet gjennom direkte kontakt med enkeltpersoner eller på annen måte søker å påvirke straffbare handlinger som andre foretar, for derigjennom å skaffe seg ytterligere informasjon om slik virksomhet»²⁶. Politiet, eller noen som opptrer på deres vegne under instruksjon fra politiet, tar kontakt med en person eller en kriminell gruppe eller lignende, og utnytter en villfarelse for å blande seg styrende inn i et hendelsesforløp som fører til en straffbar handling eller til en mer straffverdig handling²⁷. Politiprovokasjon har følgelig tre distinkte kjennetegn. Politiet har direkte kontakt med en person som er mistenkt for å ha begått en straffbar handling, eller for å være involvert i en straffbar virksomhet²⁸. Videre opptrer den som har kontakt med den mistenkte personen fordekt²⁹, enten han er sivil polititjenestemann, eller en privatperson som samarbeider med politiet. Det siste kjennetegnet er at politiet i større eller mindre grad påvirker den mistenkte til å si eller gjøre noe³⁰.

Hensikten med provokasjonen er å skaffe til veie opplysninger man ikke ville fått ved alminnelig etterforskning. Ved å styre gjennomføringen av den straffbare handlingen tilegner politiet seg en mulighet til å sikre bevis og oppklare saker effektivt³¹. Hjemmelen for etterforskningsmetoden har sitt utgangspunkt i politiets alminnelige handlefrihet, med de nærmere vilkår utviklet i rettspraksis.

3.1 Politiprovokasjonens nedre og øvre grense

Provokasjon er i likhet med andre utradisjonelle etterforskningsmetoder kjennetegnet av at politiet i stor grad opptrer skjult. Grensene mellom de ulike former for skjulte etterforskningsmetoder kan i mange tilfeller fremstå flytende, og bruken kan gli over i hverandre³². For politi og påtalemyndighet som anvender provokasjon er det viktig å være

²⁶ Rundskriv nr. 2/2018 s. 2

²⁷ NOU 2004: 6 s. 84

²⁸ Øyen (2019) s. 174-175

²⁹ l.c.

³⁰ l.c.

³¹ l.c.

³² Rundskriv nr. 2/2018 s. 2

bevisst hvilken metode som faktisk benyttes, da vilkårene og handlingsrommet for metodene er ulike³³. Temaet her er provokasjon, og det må derfor avgrenses mot øvrige metoder som grenser opp mot provokasjon som infiltrasjon og spaning. Det er derfor relevant å trekke opp den nedre grensen for hva som regnes som provokasjon, ettersom denne grensen er bestemmende for om vilkårene som begrenser provokasjonsadgangen faktisk kommer til anvendelse eller ikke³⁴.

Den nedre grensen for provokasjon er det som utgjør infiltrasjon³⁵. Følgelig er det relevant å gå inn på hva infiltrasjon er. I NOU 2004: 6 s. 58 defineres infiltrasjon som en «polititjenestemann eller en som opptrer på vegne av politiet uten å gi seg til kjenne holder kontakt med en person eller en gruppe av personer for å hente ut informasjon»³⁶. Det som i særlig grad kjennetegner infiltrasjon er at personen som «utsettes» for infiltrasjonen er i villfarelse med hensyn til hvem vedkommende faktisk samtaler med³⁷. Vedkommende tror han samtaler med en fortrolig, mens det i virkeligheten er politiet han gir opplysninger til³⁸. Den nedre grensen for infiltrasjon er spaning³⁹. Ved spaning har politiet fortsatt kontakt med den som observeres, men av langt mindre omfang enn ved infiltrasjon. Ved spaning er den direkte kontakten mellom politiet og den som blir spanet på gjerne overfladisk, ofte situasjonsbestemt eller kortvarig fordekt⁴⁰.

Det avgjørende for å skille provokasjon og infiltrasjon, og således trekke opp den nedre grensen for provokasjon, er hvorvidt hendelsesforløpet påvirkes eller ikke. Det er tale om provokasjon når politiet ved direkte kontakt med enkeltpersoner, eller på annen måte, påvirker straffbare handlinger som andre foretar seg⁴¹. Ved infiltrasjon har politiet også direkte kontakt med enkeltpersoner, men likevel ikke slik at de påvirker hendelsesforløpet gjennom kontakten⁴². Politiet samler informasjon ved å innarbeide seg i særskilte miljøer, men uten å gi seg til kjenne som tjenestepersoner⁴³. Den avgjørende forskjellen er at politiet ved

³³ Rundskriv nr. 2/2018 s. 2

³⁴ Hopsnes (2003) s. 78

³⁵ Hopsnes (2003) s. 75

³⁶ Se også NOU 2016: 24 s. 344

³⁷ Hopsnes (2003) s. 78

³⁸ I.c.

³⁹ Rundskriv nr. 2/2018 s. 2

⁴⁰ Rundskriv nr. 2/2018 s. 6

⁴¹ I.c.

⁴² Rundskriv nr. 2/2018 s. 6

⁴³ Rundskriv nr. 2/2018 s. 2

provokasjon styrer den straffbare atferden. En infiltratør vil imidlertid opptre passivt i relasjon til den straffbare handlingen fra objektet for infiltrasjonen⁴⁴.

Ettersom politiet ved provokasjon påvirker hendelsesforløpet, må adgangen til dette nødvendigvis være snevrere. Langvarig infiltrasjon kan imidlertid også utgjøre et stort inngrep i privatlivet, men ikke på en slik måte at de viktigste hensynene som begrunner begrensninger i provokasjonsadgangen kommer til anvendelse. Følgelig er vilkårene for provokasjon sammenlignet med infiltrasjon vesentlig strengere⁴⁵.

Den øvre grensen for provokasjon er i juridisk teori betegnet som «konstitutiv provokasjon»⁴⁶, og overskridelse av denne medfører normalt at provokasjonen er ulovlig. I teorien er begrepet anvendt for de provokasjonstilfeller hvor politiet fremprovoserer den straffbare handlingen⁴⁷.

3.2 Ulike former for politiprovokasjon i etterforskningssammenheng

Provokasjon kan benyttes av politiet i flere ulike situasjoner. Ved fastslåelsen av skrankene og vilkårene for bruken av provokasjon må det i første rekke være klart hva slags type provokasjon det er tale om. Vilkårene for bruk av provokasjon som etterforskningsmetode er ikke de samme ved ulike formål⁴⁸.

Tiltaleprovokasjon og bevisprovokasjon blir ofte betegnet som hovedformene for straffeprosessuell provokasjon⁴⁹. Tiltaleprovokasjon er betegnelsen for den typen politiprovokasjon som er gjennomgått over, der formålet er å påvirke selve gjennomføringen av en straffbar handling. Tiltaleprovokasjon betegnes også som handlingsprovokasjon. Begrepene har blitt brukt litt om hverandre, uten at det har stor relevans⁵⁰. Øyen bruker i sin straffeprosessbok fra 2019 handlingsprovokasjon, mens i eksempelvis NOU 2004: 6 benyttes tiltaleprovokasjon. Et ønsket resultat av denne formen for provokasjon vil være at man ender

⁴⁴ Hopsnes (2003) s. 78

⁴⁵ Rundskriv s.6

⁴⁶ Hopsnes (2003) s. 96

⁴⁷ Hopsnes (2003) s. 65

⁴⁸ Rundskriv nr. 2/2018 s. 1

⁴⁹ Fredriksen (2018) s. 137

⁵⁰ Øyen (2019) s. 176 og Fredriksen (2018) s. 137

opp med en tiltale som fører til at saken skal behandles som straffesak for retten⁵¹. Dette er grunnen til at begrepet tiltaleprovokasjon har vært benyttet.

Bevisprovokasjon er de tilfeller hvor politiet fremprovoserer en handling som skaper bevis for tidligere begått straffbar handling⁵². Formålet med denne provokasjonsformen er ikke å påvirke fremtidige eller pågående straffbare handlinger, men å sikre bevis for lovbrudd som allerede er begått⁵³. Ved bevisprovokasjon er kriminaliseringsfaren lav, ettersom provokasjonen foregår i etterkant av lovbruddet⁵⁴. Risikoen er heller at det alminnelige straffeprosessuelle prinsippet om retten til å forholde seg taus om egne straffbare forhold kan bli overtrådt⁵⁵. Følgelig må også bevisprovokasjon være underlagt visse rettslige skranker, da det på lik linje som provokasjon utgjør et inngrep i privatlivet til den mistenkte. Samtidig er ikke politiprovokasjon som etterfølger en straffbar handling like inngripende og betenkelig som tiltaleprovokasjon som utøves forut for den straffbare handlingen. Den som allerede har foretatt en straffbar handling vil ikke ha det samme behovet for vern om sitt privatliv⁵⁶. Høyesterett legger derfor i flere dommer opp til at hensynene mellom disse formene for provokasjon er såpass ulike at de må holdes fra hverandre⁵⁷. I enkelte saker kan imidlertid tiltaleprovokasjon inngå som ledd i bevisprovokasjon⁵⁸. I så tilfelle må vilkårene som gjelder for tiltaleprovokasjon komme til anvendelse også for bevisprovokasjon⁵⁹.

Riksadvokaten presiserer også i sitt rundskriv at vilkårene for bruk av provokasjon varierer utfra hva som er formålet med provokasjonen⁶⁰. Hvorvidt det er tale om handlingsprovokasjon, bevisprovokasjon, avvergende provokasjon eller en såkalt redningsaksjon hvor politiet har som formål å skaffe kontroll over stjalne gjenstander, vil vilkårene for bruken være forskjellige. Følgelig er det viktig også her at politiet er bevisst på hvilken metode som anvendes. For provokasjon som benyttes for å avklare mulig straffeskyld

⁵¹ Hopsnes (2003) s. 66

⁵² NOU 2004: 6 s. 89

⁵³ Hopsnes (2003) kap. 4.3

⁵⁴ NOU 2004: 6 s. 84

⁵⁵ Fredriksen (2018) s. 143

⁵⁶ Hopsnes kap. 4.3

⁵⁷ Bla. rt. 1999 s. 1269

⁵⁸ NOU 2004: 6 s. 88

⁵⁹ Fredriksen (2018) s. 144

⁶⁰ Rundskriv nr. 2/2018 s. 1

gjelder de strengeste vilkårene⁶¹. Ettersom handlingsprovokasjon benyttes for nettopp dette gjelder det følgelig strenge vilkår for når provokasjon kan anvendes lovlig.

4.0 Hva er privat provokasjon?

Privatprovokasjon vil si de tilfeller der alminnelige borgere tar loven i egne hender og fremprovoserer en straffbar handling. På eget initiativ søker privatpersoner eller private aktører å oppklare og forhindre straffbare gjerninger, som eksempelvis seksuelle overgrep mot barn. Sammenlignet med politiprovokasjon foreligger det ikke på samme måte ulike former for privatprovokasjon. Privatprovokasjon betegnes ofte som handlingsprovokasjon istedenfor tiltaleprovokasjon, ettersom det å ta ut tiltale mot noen tilfaller påtalemyndigheten, ikke privatpersoner⁶². Videre kan det vanskelig tenkes situasjoner hvor det vil foreligge bevisprovokasjon fra privatpersoner, da formålet med bevisprovokasjon er utelukkende å sikre bevis for handlinger politiet mistenker er blitt begått, ikke å påvirke fremtidige eller pågående straffbare handlinger⁶³.

Privatprovokasjon er ulovfestet, men det foreligger langt mindre rettspraksis eller andre rettslige autoritative kilder sammenlignet med politiprovokasjon. Således er de nærmere avgrensninger og handlingsrommet for privatprovokasjon til en viss grad uavklart. Grunnen til dette kan være at det lenge har vært lite relevant, og derfor ikke har krevd en nærmere vurdering og klargjøring.

Privatprovokasjon har vokst frem i større grad de senere årene. I Norge er organisasjonen Barnas Trygghet som ble opprettet i 2015 de mest fremtredende privatprovokatørene. Formålet deres er å avsløre og konfrontere mennesker som søker seksuell kontakt med mindreårige⁶⁴. Dette gjør de ved å opprette og vedlikeholde falske profiler på diverse chatte- og datingsider hvor de utgir seg for å være mindreårige barn, med den hensikt å få voksne personer til å opprette kontakt og foreslå seksuell omgang⁶⁵. Etter møte er avtalt blir ofte

⁶¹ Rundskriv nr. 2/2018 s. 1

⁶² Politiloven § 2

⁶³ Fredriksen (2018) s. 143

⁶⁴ <https://www.barnastrygghet.no/vart-arbeid/>, lastet ned 04.06.21

⁶⁵ Lomell (2020) kap. 2

politiet kontaktet og tilsendt samtaleloggene og varsling om planlagt møte. På det avtalte møtestedet møter personen representanter fra Barnas Trygghet som konfronterer dem med samtalen og møteavtalen. I tillegg vil ofte en politipatrulje dukke opp for å pågripe vedkommende⁶⁶. Det hele blir filmet og publisert i Barnas Trygghets sosiale medier⁶⁷.

Denne måten å bruke internett og sosiale medier på er utfordrende for rettssystemet. For politiet har det blitt en utfordring å håndtere privatpraktiserende rettshåndhevere. I en avisartikkel fra Bodø Nu poengterer politiet at de «finner det uheldig at enkelte borgervernsgrupper tar initiativet til å gjøre det vi mener er politiets jobb»⁶⁸.

Privatprovokasjon reiser flere betenkelige problemstillinger. Hvor går grensen mellom lovlig ytring og straffbar uthenging når Barnas Trygghet filmer konfrontasjoner og publiserer på nettet? Et videre spørsmål blir handlingsrommet privatpersoner kan ha til å fremprovosere handlinger man ønsker å bekjempe. Skal privatpersoner tilkjennes større handlingsrom enn politiet gjør? Hva slags betenkeligheter og problemstillinger vil følge i så tilfelle? Kan man akseptere at politiet, som er en representasjon for stat og påtalemyndighet, går lenger i å provosere frem straffbare handlinger enn selvstendige privatpersoner som handler på eget initiativ i sin søken etter å stanse seksuelle overgrepspersoner? Dette er betenkelige problemstillinger som reises og utfordrer flere hensyn som rettssikkerhet, effektivitet og forutberegnelighet.

5.0 Hjemmelsgrunnlag og rettslige skranker

Anvendelsen av provokasjon er ulovfestet, og utøvelsen av metoden har tradisjonelt vært begrunnet i den alminnelige handlefriheten⁶⁹. Den alminnelige handlefrihet er et grunnleggende rettslig utgangspunkt som går ut på at handlinger som ikke er forbudt står alle, både politi og privatpersoner, fritt til å foreta seg⁷⁰. Politiet står dermed fritt til å anvende metoder som ikke er forbudt i en etterforskning⁷¹. Privatpersoner vil også kunne opptre slik

⁶⁶ l.c.

⁶⁷ l.c.

⁶⁸ Koldberg, Sindre, Bodø nu, *Politiet reagerer mot «Barnas trygghet»*

⁶⁹ Se NOU 2004: 6 s. 50 og Fredriksen (2018) s.135

⁷⁰ Fredriksen (2018) s. 99

⁷¹ Fredriksen (2018) s. 135

man selv vil, så lenge man ikke gjør noe ulovlig.

Provokasjonsadgangen vil bli begrenset av alminnelige rettsprinsipper. Dette ble uttalt i Rt. 1984 s. 1076 hvor Høyesterett gjør det klart at til tross for den manglende lovreguleringen, må visse skranker for når og hvordan politiet kan anvende provokasjon legges til grunn. Her følger det at «i mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie. Disse rettsprinsipper må påtalemyndigheten legge til grunn for sin etterforskningsvirksomhet [...]»⁷².

Utgangspunktet er altså den alminnelige handlefrihet. Provokasjon er ulovfestet, men visse begrensninger og skranker er nødvendig utover den alminnelige handlefriheten. Legalitetsprinsippet er et grunnleggende rettsstatsprinsipp med konstitusjonell rang. I Grunnloven § 113 følger det at «myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». I samsvar med ordlyden kommer ikke legalitetsprinsippet til anvendelse for privatpersoner, da det er «myndighetenes» inngrep som begrenses. Inngripende handlinger i borgernes private rettssfære skal ha hjemmel i lov⁷³. Politiprovokasjon trenger ikke nødvendigvis representere et stort inngrep i privatpersoners sfære, men uavhengig av dette så vil retten man har til å ikke bli utsatt for inngrep fra staten bli berørt i en viss grad⁷⁴. Samtidig er det liten tvil om at politiprovokasjon representerer et mindre inngrep i rettssfæren enn straffeprosessuelle tvangsmidler som ransakelse og pågripelse. Denne typen inngrep er i kjernen av legalitetsprinsippet, da de griper direkte inn i borgernes frihet og integritet, og krever derfor hjemmel i lov⁷⁵. I Rt. 1984 s. 1076 uttaler Høyesterett på side 1079 at provokasjon ikke er så inngripende at den betinger hjemmel i lov. Dette kan være utslag av at legalitetsprinsippet går langt i å sette lovkrav til inngrep i økonomiske rettigheter og den personlige frihet, mens det i mindre grad har vært ansett å verne om den psykiske integritet eller privatlivets fred⁷⁶.

Ved politiprovokasjon blander politiet seg inn i den mistenktes rett til privatliv. EMK art. 8 (1) fastsetter at «everyone has the right to respect for his private and family life, his home and

⁷² Rt. 1984 s. 1076, s. 1079

⁷³ Fredriksen (2018) s. 36

⁷⁴ Hopsnes (2003) s. 75

⁷⁵ Fredriksen (2018) s. 157

⁷⁶ Hopsnes (2003) s. 75

his correspondence», og utgjør følgelig en rettslig skranke for provokasjonsbruken som begrenser den alminnelige handlefrihetens rammer. I NOU 2004: 6 var en av årsakene til at politimetodeutvalget ønsket å lovfeste vilkårene for provokasjon nettopp EMK art. 8 (1), samt at politiprovokasjon risikerer å gripe inn i rettighetene artikkelen verner⁷⁷.

Det foreligger imidlertid foreløpig ingen praksis fra EMD som fastslår at provokasjon faller innunder EMK art. 8. I *Teixeira de Castro v. Portugal*⁷⁸ var det spørsmål om ulovlig provokasjon da politimenn hadde anmodet klageren om å skaffe heroin. Det var anført brudd på både art. 6 om retten til rettferdig rettergang og art. 8. EMD kom frem til at det var brudd på art.6, og gikk ikke nærmere inn på art. 8.

Skal et inngrep i privatlivet begrenses av EMK art. 8 fordrer det at inngrepet er tilstrekkelig kvalifisert til å aktualisere bestemmelsen⁷⁹. Hvorvidt dette er tilfellet beror på en konkret vurdering, der blant annet varigheten og intensiteten av politiets innblanding er sentrale momenter⁸⁰. Dersom inngrepet iverksettes uten sterk mistanke og tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier kan også EMK art. 8 komme til anvendelse. Dette er imidlertid noe uklart, da domstolen ikke har tatt direkte stilling til spørsmålet.

Den alminnelige handlefriheten begrenser seg til å tillate handlinger som ikke er forbudt og ulovlig⁸¹. Anvendelsen av provokasjon kan imidlertid medføre at politiet trår over grensen for den alminnelige handlefrihet og foretar straffbare handlinger. Eksempelvis at politiet kjøper narkotika eller er i besittelse av barnepornografi. I så tilfelle kan provokasjonshandlingen som utgangspunkt medføre straffansvar for polititjenestepersonen, ettersom man går utover grensene for den alminnelige handlefriheten.

Samtidig kan politiet i noen tilfeller ha behov for å begå ellers straffbare handlinger for å kunne bekjempe alvorlig kriminalitet hvor tradisjonelle etterforskningsmetoder kommer til kort, eksempelvis ved å begå narkotikalovbrudd. Adgangen til å begå ellers straffbare

⁷⁷ NOU 2004: 6 s. 17

⁷⁸ *Teixeira de Castro v. Portugal*, no. 25829/94

⁷⁹ Hopsnes (2003) s. 76

⁸⁰ l.c.

⁸¹ NOU 2004: 6 s. 174

handlinger må ha en form for rettslig grunnlag for å kunne aksepteres⁸². Ikke all opptreden som faller innenfor gjerningsbeskrivelsen i et straffebud er nødvendigvis straffbar. Den alminnelige rettsstridsreservasjonen er et grunnleggende ulovfestet prinsipp som må innfortolkes i alle straffebud⁸³. Dette er en straffrihetsgrunn som kan medføre at man ikke straffes for overtredelse av et straffebud, fordi handlingen ikke kan anses som straffverdig⁸⁴. Ved anvendelse av rettsstridsreservasjonen tolkes straffebudet innskrenkende, dersom sterke grunner tilsier at det i en gitt situasjon ikke skal omfatte alt som dekkes av en naturlig språklig forståelse av ordlyden i straffebudet⁸⁵. Det er i samfunnets alminnelige interesse at straffbare forhold som ordinære etterforskningsmetoder ikke ville ført frem overfor blir oppklart og påtalt⁸⁶. En etterforskningshandling som i utgangspunktet er i strid med et straffebud er derfor mer ønskelig enn den er straffverdig⁸⁷.

I rt. 2000 s. 1345 uttaler Høyesterett om politiets adgang til å begå handlinger som ellers er straffbare at det «i rettspraksis og teori [er] akseptert at politiet innenfor visse grenser kan opptre fordekt og med skjult identitet under etterforskning av alvorlig narkotikakriminalitet. Det skjer således i forbindelse med infiltrasjon og ved ulike former for provokasjon. Og som Andenæs anfører i Norsk straffeprosess 1, 2. utg. side 257: «kjøp av narkotika er i alminnelighet straffbart, men det anses berettiget når kjøpet blir foretatt av en politimann for å få bevis mot en narkotikaselger»⁸⁸. På bakgrunn av denne uttalelsen legger utvalget i NOU 2016:24 til grunn en viss adgang for politiet til å begå handlinger som ellers er straffbare⁸⁹. Denne må imidlertid holdes snever, da det tross alt er tale om å la de som skal håndheve retten bevege seg inn på områder som ellers er straffbare⁹⁰.

Selv om privatpersoner og politi som utgangspunkt begge har den alminnelige handlefriheten, hevder politimetodeutvalget i NOU 2004: 6 at den alminnelige handlefrihet som rettsgrunnlag ikke rekker like langt for politiet som for andre borgere⁹¹. Dette kan være fordi

⁸² NOU 2016: 24 s. 344

⁸³ Fredriksen (2018) s. 136

⁸⁴ NOU 2019: 10 kap. s. 228

⁸⁵ Fredriksen (2018) s. 136

⁸⁶ l.c.

⁸⁷ Andorsen (2001) s. 17

⁸⁸ NOU 2016: 24 s. 344

⁸⁹ NOU 2016: 24 s. 345

⁹⁰ l.c.

⁹¹ NOU 2004: 6 s. 65

privatpersoners handlefrihet ikke vil bli begrenset på samme måte av eksempelvis legalitetsprinsippet og EMK. I tillegg er vilkårene for lovlig politiprovokasjon strengere enn for den private, slik at terskelen for frifinnelse er høyere ved privatprovokasjon⁹².

Samtidig tas det i juridisk teori til orde for at privatpersoners spillerom er mer begrenset enn det er for politi og påtalemyndighet⁹³. Privatpersoner står fritt til å følge med på en persons bevegelser, eller utgi seg for å være en annen over internett, så lenge man holder seg innenfor den alminnelige handlefrihet og ikke gjør noe som er ulovlig. Dersom en privatperson påvirker en annen til å begå et lovbrudd, er det i utgangspunktet tale om straffbar medvirkning⁹⁴. En sivil person som foretar en provokasjon, kan i flere tilfeller ha medvirket til overtredelsen. Når vedkommende har handlet på eget initiativ, vil det neppe være grunn til å innfortolke en tilsvarende rettsstridsreservasjon som er vanlig for politiprovokatører⁹⁵. Dette er en viktig forskjell mellom hjemmelsgrunnlaget og begrensningene for bruken av politi- og privatprovokasjon.

Begrensningen i privatpersoners handlefrihet ser man eksempel på i en dom fra 2017 i Kongsberg og Eiker tingrett, hvor et tidligere medlem av Barnas Trygghet ble dømt for å ha krenket en annens fred ved hensynsløs atferd etter strl. § 266⁹⁶. Selve provokasjonen var ikke i seg selv gjenstand for straffeforfølgning, men vedkommende hadde publisert personopplysninger og videoer uten sensur på sosiale medier. Dette hadde store sosiale ringvirkninger for de som var blitt avslørt og annonsert på nettet som overgripere. Her satte tingretten en helt tydelig begrensning for privatpersoners handlefrihet. Så fort man trår over grensen for forbudte og straffbare handlinger risikerer man å bli straffet selv, enten for medvirkning eller for overtredelse av andre straffebud.

⁹² Kap. 9

⁹³ Halnes, Ugelvik (2019) s. 260

⁹⁴ l.c.

⁹⁵ Hopsnes (2003) kap. 4.4.1

⁹⁶ TKOEI-2017-127185

6.0 Grensedragningen mellom politiprovokasjon og privatprovokasjon

Et sentralt spørsmål er grensedragningen mellom politiprovokasjon og privatprovokasjon. Det er klart nok at norske polititjenestemenn i sin tjeneste omfattes av vilkårene for politiprovokasjon. Det kan imidlertid være mer tvilsomt når politiet anvender sivile medhjelpere ved sin provokasjonsbruk. Når er det en privat provokatør som handler på eget initiativ, og når er det en sivil provokatør som brukes som en medhjelper for politiet? En sivil person som opptrer på vegne av politi og påtalemyndighet, i form av å være agent eller medhjelper, skal identifiseres med politiet og være underlagt de samme vilkårene for lovlig provokasjon. I forlengelsen av dette blir spørsmålet når skal sivile privatpersoner identifiseres med politiet?

Skal en identifikasjon mellom politiet og den sivile provokatøren skje, må det ha vært en form for kontakt i forkant av provokasjonen⁹⁷. Det stilles imidlertid ikke strenge krav til denne kontakten, og det kreves heller ikke at politiet tar initiativet til kontakten. I rt. 2000 s. 1223 ble den sivile medhjelperen identifisert med politiet, selv om det var hun som først tok kontakt med politiet og overga informasjon.

Hovedregelen er at politiet må styre provokatørens atferd⁹⁸. Dette tilsier at det må være politiet som er den hovedsakelige planlegger og setter målet med provokasjonshandlingen, mens den sivile er en medhjelper som gjennomfører slik han får beskjed om. Dersom privatpersonen gjennomfører provokasjonshandlingen, og først etterpå informerer politiet, anses det som informasjon fra en informant som ikke skal identifiseres med politiet⁹⁹. I rt. 1993 s. 473 ønsket politiet å få stanset piratdrosjevirkksomhet de mistenkte foregikk i området, og brukte sivile medhjelpere som potensielle kunder. Høyesterett la her til grunn at disse medhjelperne måtte identifiseres med politiet, da det var politiet som hadde planlagt aksjonen og satt målet for provokasjonen. Det var tydelig at politiet hadde styrt aksjonen, og Høyesterett betegnet de sivile personene som «politiets medhjelpere»¹⁰⁰, slik at vilkårene for

⁹⁷ Hopsnes (2003) s. 91

⁹⁸ I.c.

⁹⁹ NOU 2004: 6 s. 91

¹⁰⁰ Rt. 1993 s. 473 på s. 475

politiprovokasjon kom til anvendelse.

Til forskjell kommer Rt. 1994 s. 319 (piratdrosjedom 2) hvor politiet fikk informasjon om en forestående provokasjon uten å bli videre involvert i planleggingen. Her hadde det også blitt registrert et omfattende problem med piratdrosjer. I anledning dette hadde det vært kontakt mellom drosjesentralens ledelse og politiet, og drosjesentralen iverksatte kontroller for å avdekke den ulovlige piratdrosjevirkksomheten. Denne kontrolleringen ble gjennomført av to sivile representanter fra drosjenæringen. Politiet hadde følgelig ikke vært inne og planlagt eller styrt handlingen. Høyesterett la til grunn at situasjonen stiller seg annerledes enn når politiet selv tar initiativet til provokasjonshandlingen. Byretten som behandlet saken i første instans uttalte at «opplegget var godkjent av politiet», uten at Høyesterett går noe nærmere inn på denne uttalelsen. Høyesterett kom ikke til noen endelig konklusjon om identifikasjon med politiet eller ei, da det uansett ikke var utøvd ulovlig provokasjon¹⁰¹.

Så fort politiet er involvert med en sivil medhjelper i forkant av en provokasjonshandling eller kriminell handling er det gode grunner for å identifisere vedkommende med politiet. Dersom man ikke foretar en identifikasjon i slike tilfeller, vil det være svært enkelt for politiet å omgå reglene for provokasjon¹⁰². Samtidig er det klart at visse minimumskrav for den faktiske kommunikasjonen og instrueringen må forventes. Politiet kan ikke bli identifisert med en kilde de opptrer passivt overfor, bare fordi de har hatt jevnlig kontakt over en viss tid.

I Rt. 2011 s. 1455 kom retten til at moren ikke var en medhjelper for politiet, da hun hadde handlet på egenhånd uten instruks fra dem. I forkant av det avtalte møtet hadde moren kontaktet politiet for tips og råd, men det var ikke tilstrekkelig til å kunne konstatere at moren i sin videre dialog med gjerningsmannen var en sivil medhjelper for politiet. Høyesterett uttalte at «[...] I fortsettelsen opptrådte fornærmedes mor på egen hånd. Politiet har således ikke aktivt bidratt til å forlede tiltalte til å begå en handling han ellers ikke ville ha begått. Det eneste politiet påtok seg, var å være tilstede på [...] møtestedet»¹⁰³. Følgelig var ikke den

¹⁰¹ Rt. 1994 s. 319 på s. 321

¹⁰² Hopsnes (2003) s. 91

¹⁰³ Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 40

forutgående kontakten før det avtalte møtet avgjørende alene, da handlingsforløpet allerede var gått for langt i privat regi¹⁰⁴.

7.0 Hensynene som aktualiseres ved provokasjon

Ettersom provokasjon er ulovfestet vil reelle hensyn i stor grad være styrende og gi veiledning for adgangen til å benytte provokasjon som ledd i etterforskning. I det følgende går jeg inn på de mest grunnleggende hensynene som gjør seg gjeldende, og hvorvidt og på hvilken måte disse gjør seg gjeldende også for privatprovokasjon.

7.1 Kriminalitetsbekjempelse

Hvorfor man ønsker å tillate en slik etterforskningsmetode er hensynet til kriminalitetsbekjempelse¹⁰⁵. For å bekjempe og oppklare kriminalitet, og følgelig begrense kriminalitetens skadevirkninger, på en effektiv måte er provokasjon er godt egnet verktøy¹⁰⁶. Hensynet til kriminalitetsbekjempelse vil også være bærende for den private provokasjonen. En stadig større andel kriminalitet baserer seg ikke på anmeldelser og vitner som er villige til å bistå politiet¹⁰⁷. For at politiet fortsatt skal ha mulighet til å bekjempe omfattende og organisert kriminalitet, må de kunne gå aktivt ut for å skaffe seg informasjon og oversikt over den kriminelle aktiviteten¹⁰⁸.

Hensynet til å minimere politiets ressursbruk i etterforskning og kriminalsaker kommer også inn her. Dersom politiet hadde hatt en svært romslig adgang til å benytte provokasjon ville ressursbruken som kreves til en etterforskning i mange tilfeller vært betydelig mindre. Videre kunne man i mange tilfeller ha oppdaget og avverget kriminalitet i det den oppstår, eller like etter, og således hatt et svært effektivt virkemiddel for å bekjempe kriminaliteten. Her vil også et viktig poeng være hensynet til og målet om å oppklare flere kompliserte saker. Hensynet til

¹⁰⁴ Halnes, Ugelvik (2019) s. 271

¹⁰⁵ Hopsnes (2003) kap. 2

¹⁰⁶ l.c.

¹⁰⁷ l.c.

¹⁰⁸ l.c.

effektiv kriminalitetsbekjempelse taler for vid provokasjonsadgang. Politiet står ovenfor profesjonelle og godt organiserte kriminelle grupper, og kan være godt hjulpet av å anvende mer offensive metoder¹⁰⁹.

Kriminalitetstypene politiet ofte anvender provokasjon mot har gjerne et stort skadepotensial. Følgelig blir også ønsket og behovet for å oppklare denne typen kriminalitet større. Overgrep mot barn over nett kan i mange tilfeller bestå av en mengde personer som kommuniserer over store internettsamfunn. Dette er kriminalitet det er utfordrende og komplisert å oppdage, og å etterforske og realisere straffansvar for de involverte. Uoppgaget er dette kriminalitet som kan pågå i flere år.

Effektivitet i etterforskningen er også viktig for å bekjempe kriminalitet. I strpl. § 226 følger det at etterforskningen «så raskt som mulig» skal gjennomføres slik at «ingen unødig utsettes for [...] ulempe». Ved å tilpasse etterforskningsmetoden man anvender utfra kriminalitetstype vil det bidra til en mer effektiv kriminalitetsbekjempelse og oppklaring. Effektiv etterforskning bidrar også til rettssikkerheten, da den mistenkte vil få rask avklaring av sin rettslige posisjon, og belastningen det er å være involvert i en straffesak kan reduseres.

7.2 Tillit til politiet, og unngåelse av privat rettshåndhevelse

Det er politi og påtalemyndighet som har ekspertisen og oppgaven med å etterforske og tiltale kriminelle handlinger¹¹⁰. Ved at politiet anvender provokasjon gis de bedre forutsetninger for å løse kompliserte og alvorlige saker. Når politiet får realisert straffansvar for personer som har begått alvorlig kriminelle handlinger vil det bygge tillit i befolkningen. Dersom befolkningen har tillit til at politiet er et velfungerende rettshåndhevelsessystem som lykkes i sitt oppdrag, og i å løse straffesaker, vil det bygge legitimitet og tillit hos borgerne.

Samtidig tilsier tilliten til politiet også at provokasjonsadgangen må begrenses. Tillit er betinget av at borgerne stoler på at politiet er der for å beskytte dem, ikke lure dem til å begå

¹⁰⁹ NOU 2004: 6 s. 55

¹¹⁰ Politiloven § 2

straffbare handlinger. En etterforskningsmetode som provokasjon som fremprovoserer straffbare handlinger kan fremstå lite legitim, hvilket tilsier at provokasjonsadgangen må begrenses.

Videre kan det å redusere privatprovokasjon og annen privat rettshåndhevelse i seg selv være et hensyn som taler for politiprovokasjon. For politiprovokasjon stilles det mer utførlige vilkår enn for privatprovokasjon for å ivareta rettssikkerheten til de involverte¹¹¹. Den faktiske rettstilstanden for privatprovokasjon er ganske uavklart og uoversiktlig, hvilket gjør det utfordrende for politi og domstoler å behandle slike saker, og ivareta grunnleggende rettssikkerhetsgarantier. Ved å tillate en relativt vid adgang til politiprovokasjon vil man redusere privatpersoners trang til å påta seg etterforsknings- eller politirolle. At slik privat rettshåndhevelse er noe domstolene også ønsker å begrense fremgår tydelig med uttalelsen i «Lisa»-saken¹¹² hvor lagmannsretten uttalte at retten «finner grunn til å uttrykke sterkt misbilligelse overfor denne formen for privat rettshåndhevelse med påfølgende offentliggjøring på ulike nettsider – før saken har blitt etterforsket av politiet og saken eventuelt irettført for domstolene. Det har karakter av en offentlig gapestokk». Dette viser at domstolen har et ønske om å begrense slik privat rettshåndhevelse som privatprovokasjon representerer.

7.3 Rettssikkerhet

I Rt. 1984 s. 1076 uttaler Høyesterett at politiet må ha anledning til å ta i bruk utradisjonelle etterforskningsmetoder som provokasjon, men at «både rettssikkerhetshensyn og hensynet til den alminnelige tillit til politiet [krever] at det må gjøres vesentlige begrensninger»¹¹³. Rettssikkerhetshensyn krever følgelig at det må være visse skranker og begrensninger for hvor langt staten kan gå i sin kriminalitetsbekjempelse. Begrepet rettssikkerhetshensyn er vidtfavnende og innebærer de mest sentrale egenskapene ved en rettsstat. I Norge er legitimiteten og tilliten til politiet høy, hvilket er verdifullt for samfunnet, og noe politiet er avhengig av for å kunne utføre oppgaver suksessfullt¹¹⁴. For å oppnå legitimitet i

¹¹¹ Lomell (2020) kap. 7

¹¹² LF-2016-106879

¹¹³ Rt. 1984 s. 1076 på s. 1080

¹¹⁴ Hales, Ugelvik (2019) s. 283

befolkningen er det helt avgjørende at prosessen fremstår som tillitsvekkende. Dette oppnås best ved at straffeprosessen ivaretar rettssikkerheten til den enkelte i møte med rettslige prosesser.

Rettssikkerhet er sammensatt av flere grunnleggende rettigheter, og blir gjerne brukt som en samlebetegnelse for beskyttelse mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetene, å kunne forutberegne sin egen rettsstilling, samt forsvare sine interesser i møte med staten¹¹⁵. Kjernen av rettssikkerhetshensynet er prinsipper for hvordan forholdet mellom statens borgere og offentlige myndigheter bør være¹¹⁶. Formålet med strafferetten er å avdekke den objektive sannheten. Hensynet til å oppnå materielt riktige dommer og det materielle sannhetsprinsipp vil være en del av rettssikkerhetshensynet. Hensynet til kriminalitetsbekjempelse og å oppklare lovbrudd må følgelig vektas opp mot rettssikkerhetshensyn ved begrensningen av provokasjonsadgangen. Hensynet til kriminalitetsbekjempelse rettferdiggjør ikke ethvert inngrep overfor borgerne som ledd i en etterforskning.

Borgernes mulighet til å forutse sin egen rettsstilling er et viktig hensyn i en rettstat. Forutberegnelighetshensynet er særlig viktig på det strafferettslige og straffeprosessuelle området, ettersom borgerne her har et sterkt behov for å vite om man trår over lovens grenser eller ikke. Konsekvensene for å trå over lovens rammer kan være store. Borgerne skal kunne forvente å ikke bli kriminalisert av politi, stat og påtalemyndighet, og i forlengelsen av det er det en viktig rettssikkerhetsgaranti å kunne forutse sin egen rettsstilling.

Provokasjon, både fra politi og privatpersoner, fører som nevnt til at en person blir lokket til å begå en straffbar handling, eller fortsette en allerede pågående straffbar handling. For den tiltalte som utfører den straffbare handling er det irrelevant hvorvidt provokatøren er politi eller privatperson, da situasjonen vil være like reell uavhengig av det¹¹⁷. Slik sett taler rettssikkerheten for like strenge vilkår for privat- som for politiprovokasjon. Videre tilsier rettssikkerhetshensyn at staten ikke bare skal garantere for hvilke grep staten kan ta overfor

¹¹⁵ Eckhoff, Smith (2017) s. 60

¹¹⁶ NOU 2016: 24 kap. 5.4.5

¹¹⁷ Hopsnes (2003) s. 70

borgere, men også hva borgere kan foreta seg overfor hverandre.

Dette må imidlertid modereres noe, da noe av rettssikkerheten går på at borgerne skal beskyttes mot maktbruk og vilkårlig inngrep fra staten. Det er klart mer betenkelig der borgerne manipuleres og styres av statlige myndigheter enn av privatpersoner, hvilket er med på å begrunne hvorfor det stilles strengere krav til politi enn til private provokatører.

Notoritet er en viktig garanti for å sikre rettssikkerheten ved anvendelsen av politiprovokasjon. Det at gjennomføringen og bruken i ettertid kan etterprøves, sikrer en god prøvingsadgang for domstolene ved spørsmål om vilkårene for lovlig provokasjon er overholdt. At domstolene har mulighet til fullt ut å prøve vilkårene og bruken av provokasjonen, bidrar til å ivareta rettssikkerheten. I tillegg vil det for politiet sin del være lettere å bevise hvorfor provokasjonen er lovlig dersom de kan redegjøre for dens grunnlag, samt deres grad av aktivitet i situasjonen.

Ved provokasjon fra privatpersoner kan manglende kontrollmuligheter for politiet representere et problem for rettssikkerheten¹¹⁸. Ved provokasjon fra private som Barnas Trygghet blir ofte politi og påtalemyndighet ikke involvert før etter beviservervsforløpet er gjennomført, hvilket kan være svært betenkelig i relasjon til rettssikkerhetshensyn¹¹⁹. LB-2018-34648 er illustrerende her. I saken utga et av medlemmene i Barnas Trygghet seg for å være en 13 år gammel jente på en nettside. Møte mellom «jenta» og tiltalte ble avtalt, og tiltalte ble møtt av to medlemmer i Barnas Trygghet som filmet møtet. På filmen fikk medlemmene tiltalte til å bekrefte identiteten sin før de avslørte at det var et av medlemmene som hadde utgitt seg for å være jenta på nettet. Først etter medlemmene av Barnas Trygghet hadde fått bekreftet og avklart tiltaltes identitet kontaktet de politiet som kom til stedet og pågrep tiltalte.

I saker som dette vil det være vanskelig for politi og påtalemyndighet å sikre notoritet rundt gjennomføringen av provokasjonen. For å ivareta rettssikkerheten er det viktig at påtalemyndighet og domstoler har tilstrekkelig med dokumentasjon og kilder, slik at de i en

¹¹⁸ Halnes, Ugelvik (2019) s. 264

¹¹⁹l.c.

videre rettsforfølgelse kan vurdere om provokasjonen er innenfor grensene for lovlig provokasjon eller ikke. Selv om privatprovokatøren overleverer chatte-logger etc. kan det være «mindre grunn til å stole på privatpersoner enn politiet så langt gjelder eventuelle modifikasjoner eller utelatelser fra slike erverv»¹²⁰. Med mindre muligheter til å kontrollere hvordan provokasjonen har foregått, og beslutningsgrunnlaget rundt provokasjonen, som man vil ha bedre oversikt og kontroll med ved politiprovokasjon, kan det utgjøre et vesentlig rettssikkerhetsproblem¹²¹. I «Lisa»-saken hevdet eksempelvis tiltalte at Barnas Trygghet ikke hadde utlevert chatte-loggene mellom han og «Lisa» i sin fullstendighet til politiet. Dette fikk han imidlertid ikke gehør for, men dette viser en reell risiko for at rettssikkerheten ikke blir tilstrekkelig ivaretatt ved privatprovokasjon.

7.4 Kriminaliserings- og misbruksfaren

Kriminaliseringshensynet tilsier at politiet ikke skal skape kriminalitet, da et viktig formål for politiet er å avverge og stanse kriminelle handlinger¹²². Ved etterforskningen må det trekkes et skille mellom etterforskning som iverksettes før og etter den straffbare handlingen er begått¹²³. Ved handlingsprovokasjon kommer politiets innsats og innblanding før den straffbare handlingen er blitt begått, og det er således fare for at politiet skaper kriminalitet ved sin provokasjonshandling¹²⁴. Når politiets innsats kommer før den straffbare handlingen, er det på et tidspunkt hvor gjerningsmannen kan velge å ikke gjennomføre den straffbare handlingen¹²⁵. Fremprovosering av nye straffbare handlinger er grunnleggende i strid med politiets oppgaver. Oppgaven til en rettsstat er å styre borgernes atferd, og sanksjonere regelbrudd, men ikke å skape regelbrudd for så å sanksjonere de¹²⁶. Det er viktig å sikre at statens maktapparat ikke misbrukes på en slik måte, derfor må utgangspunktet være at borgerne, og særlig de som ellers er lovlige, ikke kriminaliseres av politiet¹²⁷.

¹²⁰ Halmes, Ugelvik (2019) s. 264

¹²¹ l.c.

¹²² Politiloven § 2

¹²³ Hopsnes (2003) kap. 2

¹²⁴ NOU 2004: 6 s. 84

¹²⁵ Hopsnes (2003) s.70

¹²⁶ l.c.

¹²⁷ l.c.

Kriminaliseringsfaren må tillegges stor vekt når provokasjonsadgangen skal begrenses. Straffbare handlinger er i seg selv et onde, og det bør ikke være et mål for staten å skape flere¹²⁸. Dette av hensyn til å beskytte fornærmede, men også utfra et samfunnshensyn. Gjennom førstegangskriminalisering oppstår det en risiko for fortsatt kriminell virksomhet, hvilket er lite heldig¹²⁹. Samtidig skal man straffe personer selv om det er deres første kriminelle handling, men det kan til en viss grad tilsi at politiet må utvise forsiktighet i sin provokasjonsanvendelse såfremt det ikke er sterk mistanke om kriminell aktivitet.

En viktig del av rettssikkerhetshensynet er å unngå vilkårlighet og maktmisbruk fra staten mot borgerne. Provokasjon kan medføre fare for maktmisbruk, spesielt i de tilfeller der politiet kan anvende provokasjon uten å selv bli ansvarlig for eventuelle straffbare handlinger de begår som ledd i provokasjonen¹³⁰. Videre innebærer misbrukshensynet at politiet ikke kan fremprovosere handlinger for å kriminalisere bestemte personer¹³¹, da det kan åpne for at personlige motiver preger provokasjonen. All etterforskning kan til en viss grad styres inn mot bestemte personer eller grupper, men ikke slik at man kan bruke statens maktapparat til å fjerne sine personlige eller eventuelt politiske motstandere¹³². Misbrukshensynet tilsier at provokasjon må utføres med varsomhet, og være i tråd med vilkårene som er oppstilt i rettspraksis.

Ved både politi- og privatprovokasjon kan det være misbruksfare ved at personlige grunner kan ligge bak. I Rt. 2000 s. 1223 var det politiprovokasjon, men politiet brukte en sivil medhjelper som var rusmisbruker og kjente objektet for provokasjonen. Høyesterett kom til at provokasjonsbruken ikke var forsvarlig, da den sivile medhjelperens troverdighet kunne dras i tvil. Blant annet uttalte Høyesterett at det var «i strid med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper»¹³³, og at det var «åpenbar fare for at slike personer «ville gå for ivrigt og resultatsøgende til værks og herved overskride de fastlagte grænser for dette særlige efterforskningsmiddels anvendelsesområde»¹³⁴. Selv om politiet hadde det overordnede ansvaret for provokasjonen, kunne de ikke styre provokatørens handlinger fullt ut. Følgelig er

¹²⁸ Hopsnes (2003) s.70

¹²⁹ I.c.

¹³⁰ Se kap. 5

¹³¹ Hopsnes (2003) s. 108

¹³² I.c.

¹³³ Rt. 2000 s. 1223 på s. 1231

¹³⁴ I.c.

kontrollerbarheten av provokasjonen, samt provokatørens motiv av relevans.

Selv om dette gjaldt politiprovokasjon, kan den samme tankegangen og hensyn overføres til privatprovokasjon. Ved privatprovokasjon kan det oppstå fare for at provokasjonen blir utnyttet på en slik måte at man går etter bestemte personer for å forsøke å kriminalisere de. En sivil provokatør som ikke identifiseres med politiet kan gå lenger i sin provokasjon¹³⁵, og det vil følgelig utgjøre en stor misbruks- og kriminaliseringsfare.

8.0 Vilåårene for provokasjon

Med en oversikt over de ulike hensynene som gjør seg gjeldene i forbindelse med provokasjon, skal det videre redegjåres for vilåårene som er oppstilt for å blant annet ivareta disse hensynene. Provokasjon som etterforskningsmetode må gjennomfåres slik at de er forenelige med straffeprosessuelle grunnprinsipper¹³⁶.

Av det øvrige er det klart at det reises større betenkeligheter ved politiprovokasjon enn ved privat, da disse styres av staten. Samtidig kan skadevirkningene og konsekvensene være store også for en person som er utsatt for privat provokasjon, særlig hvis media er involvert. For gjerningspersonen sin del er det likegyldig hvorvidt provokasjonen er utfårt av en polititjenesteperson eller privatperson, opplevelsen er den samme. I Hopsnes' artikkel «Provokasjon som politimetode» skriver han blant annet at «selv om politiprovokasjon bygger på andre hensyn en alminnelig sivil provokasjon, kan det reises spørsmål om ikke enkelte sivile provokasjoner må behandles på samme måte som politiprovokasjon selv om de ikke er styrt av politiet.»¹³⁷. Mange av hensynene gjør seg derfor gjeldene også for privatprovokasjon. Dette legger opp til en sammenligning av vilåårene for privat provokasjon og politiprovokasjon. Ettersom vilåårene for privatprovokasjon i liten grad er presisert eller nærmere redegjårt for i rettskildene, tas det utgangspunkt i vilåårene for politiprovokasjon. Vilåårene for politiprovokasjon som har størst sammenligningsgrunnlag med privat provokasjon vil bli grundigst behandlet.

¹³⁵ Se kap. 8

¹³⁶ Rundskriv nr. 2/2018 s.2

¹³⁷ Hopsnes (2003) s. 92

Vilkårene for politiprovokasjon er fastsatt først og fremst i rettspraksis med nærmere veiledning av forståelsen av vilkårene i Rundskriv nr. 2/2018 fra Riksadvokaten. I rt. 2011 s. 1455 i avsnitt 35 og 36 oppsummerte Høyesterett rettstilstanden for vilkårene for å benytte handlingsprovokasjon. Her uttalte de at «det er et grunnvilkår for å tillate slik etterforskning at politiet ikke aktivt fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått. I tillegg kreves at de metoder som blir benyttet, på bakgrunn av forholdets alvor og grad av mistanke fremstår som proporsjonale, og at etterforskningsskrittene blir besluttet og gjennomført på en forsvarlig og dokumenterbar måte».

I Rundskriv nr. 2/2018 oppstiller Riksadvokaten en tredeling av vilkårene. Den første delen er grunnvilkåret om at politiet ikke fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått. Den andre utgjør totalt fire tilleggsvilkår. Disse vilkårene er mistanke om alvorlig kriminalitet, subsidiaritet, forholdsmessighet og at metodebruken ikke er i strid med alminnelige prosessuelle grunnprinsipper¹³⁸. Den tredje delen stiller krav til saksbehandlingsprosedyrer og beslutningskompetanse.

8.1 Iverksette etterforskning

At vilkårene for provokasjon er ulovfestet, har en liten modifikasjon. Ettersom politiprovokasjon er en etterforskningsmetode, må vilkårene for å iverksette en etterforskning etter strpl. § 224 jf. påtaleinstruksen § 7-4 (1) være innfridd. Dette er følgelig et helt overordnet vilkår, hvor det må foreligge «rimelig grunn» til å undersøke hvorvidt det foreligger et straffbart forhold.

8.2 Grunnvilkåret

Grunnvilkåret for provokasjonsadgangen er at politiet ikke må fremkalle en handling som ellers ikke ville ha blitt begått. Vilkåret ble for første gang formulert av Høyesterett i rt. 1984 s. 1076 på s. 1080 hvor det ble uttalt at «det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått». Dette er senere videreført i

¹³⁸ Rundskriv nr. 2/2018 s. 4

rettspraksis, etterforskningspraksis fra politiet og diverse rundskriv fra Riksadvokaten, og det er i dag en konsis enighet om at dette regnes som grunnvilkåret¹³⁹. Beviskravet som gjelder for grunnvilkåret, er at fraværet av ulovlig provokasjon må være bevist ut over enhver rimelig tvil¹⁴⁰.

Etterforskning med provokasjonstilsnitt er følgelig bare berettiget når det kan legges til grunn at den aktuelle straffbare handlingen ville ha blitt begått uavhengig av provokasjonens og politiets rolle i hendelsesforløpet¹⁴¹. Følgelig er dette et krav om fullbyrdselsesforsett fra gjerningsmannen uavhengig av politiets bidrag i hendelsesforløpet. Samtidig følger det av høyesterettspraksis at politiet har et visst rom til å påvirke endringer i tid, sted eller utførelse av lovbruddet¹⁴². Grunnvilkåret er helt fundamentalt, og gjør det helt klart at politiet ikke skal opptre slik at det skapes kriminalitet. Følgelig er dette et tydelig utslag av kriminaliseringsfaren og misbruksfaren¹⁴³.

Overstiger politiet grunnvilkåret og fremprovoserer en handling som ellers ikke ville ha blitt begått vil tiltalte måtte bli frikjent¹⁴⁴. Dette fremgår av en rekke Høyesterettsavgjørelser¹⁴⁵. Blant annet følger av rt. 2008 s. 1659 hvor Høyesterett i avsnitt 14 uttaler at «dersom politiet har overtrådt grensene for etterforskning med provokasjonstilsnitt ved å fremkalle en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått, vil dette lede til frifinnelse på ulovfestet grunnlag.». Høyesterett viser også til at det virker «støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet å anvende straff i slike tilfeller». Følgelig er provokasjon som overstiger grunnvilkåret et ulovfestet frifinnelsesgrunnlag. I rt. 2011 s. 1455 presiserte Høyesterett at ved provokasjon som overstiger grunnvilkåret «er det begått feil ved rettergangen, men dette er en rettergangsfeil som griper inn i skyldspørsmålet, og som etter rettspraksis skal lede til frifinnelse»¹⁴⁶. Å klarlegge det nærmere innholdet i grunnvilkåret er derfor helt sentralt.

¹³⁹ Se bla. Hopsnes (2003), Fredriksen (2018), Rundskriv nr. 2/2018

¹⁴⁰ Rundskriv nr. 2/2018 s. 4

¹⁴¹ Rundskriv nr. 2/2018 s. 3

¹⁴² Rt. 1984 s. 1076 på s. 1080 jf. bla. rt. 2000 s. 1233

¹⁴³ Kap. 7.4

¹⁴⁴ Fredriksen (2018) s. 140

¹⁴⁵ Bla. i Rt. 1992 s. 1088 på s. 1091 og rt. 1998 s. 407 på s. 410

¹⁴⁶ Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 36

Grunnvilkåret er lite presist, og trenger ytterligere utpensling ved vurderingen av om en konkret provokasjonshandling overstiger vilkåret eller ikke¹⁴⁷. I Riksadvokatens rundskriv følger det at grunnvilkåret i sin kjerne er et årsakskrav¹⁴⁸. I NOU 2004:6 s. 86 fremgår også dette. Dersom det er årsakssammenheng mellom politiets kontakt med den mistenkte personen og det at den straffbare handlingen er blitt begått, er provokasjonen ulovlig¹⁴⁹. Bevisbyrden for at årsakskravet ikke er oppfylt tilfaller påtalemyndigheten¹⁵⁰.

Hva som ligger i årsakskravet ble i rt.1998 s. 407 satt til å være en streng betingelseslære. Høyesterett stilte spørsmål om hvordan situasjonen hadde vært uten politiets bidrag. I NOU 2004:6 mente politimetodeutvalget imidlertid at betingelseslæren man hadde lagt til grunn her ikke kunne være utslagsgivende¹⁵¹. Videre presiserte de at ved vurderingen av årsakssammenheng «må politiets bidrag vurderes i lys av om det har vært et virkende element i den mistenktes subjektive motivasjon for å begå den straffbare handlingen»¹⁵². Følgelig er det et spørsmål om politiets kontakt har vært årsak til en endring i personens handlinger på en måte som enten har gjort handlingen straffbar, eller ført handlingen inn under et mer alvorlig straffealternativ¹⁵³.

Følgelig må den mistenkte ha vært i uvisshet om politiets innblanding, i tillegg til at det må ha vært en «[...] kontakt mellom provokatøren og objektet som har vært styrende for den kriminelle atferden»¹⁵⁴, for at det skal kunne påvises årsakssammenheng. Det vil ikke være tilstrekkelig at politiet bare har tilrettelagt for den straffbare handlingen. Politiet må ha kommunisert direkte med lovbrøyteren og ytt påvirkning på vedkommende.

I rt. 1984 s. 1076 kom Høyesterett til at den straffbare handlingen ville funnet sted uavhengig av politiets bidrag i hendelsesforløpet. Den straffbare aktiviteten hadde funnet sted uavhengig av politiets bidrag. Politiet kunne da ikke bevise at det ikke forelå årsakssammenheng. Videre kommer imidlertid Høyesterett med en viktig begrensning av årsakskravet, da de uttaler at

¹⁴⁷ NOU 2004: 6 s. 86

¹⁴⁸ Rundskriv nr. 2/2018 s. 3

¹⁴⁹ NOU 2004: 6 s. 247

¹⁵⁰ Rt. 1984 s. 1076, s. 1082

¹⁵¹ NOU 2004: 6 s. 86

¹⁵² l.c.

¹⁵³ l.c.

¹⁵⁴ Hopsnes (2003) s. 83

«politiets mulige bidrag til at A ble trukket inn i saken, er for fjernt og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forholdet»¹⁵⁵. Uavhengig av om provokasjonen var årsaken til den straffbare handlingen vil grunnvilkåret være overholdt dersom påvirkningen er for fjern og indirekte. Dette ble også fulgt opp i rt. 2000 s. 1482.

Hva som ligger i fjernt og direkte er det ingen faste momenter for. Hopsnes hevder den enkelte saks faktum må vurderes opp mot de bakenforliggende hensynene som begrunner vilkårene for provokasjonsadgangen¹⁵⁶. Dette gir også politimetodeutvalget uttrykk i NOU 2004: 6, hvor de legger til grunn at dersom politiets kontakt har påvirket personen til å begå en straffbar handling, «vil spørsmålet om det foreligger en ulovlig provokasjon bero på en samlet vurdering av om politiets handling bryter med de grunnleggende hensyn som begrunner at politiet ikke må fremkalle kriminalitet».¹⁵⁷

I Riksadvokatens rundskriv fra 1980, samt i rt. 1984 s. 1076 ble det oppstilt et selvstendig krav om at det må foreligge «sterk mistanke»¹⁵⁸. Dette vilkåret om sterk mistanke har imidlertid ikke blitt eksplisitt fulgt opp i någjeldende rundskriv fra Riksadvokaten eller senere praksis. Det betyr imidlertid ikke at det ikke må foreligge en viss mistanke fra politiet mot den som utsettes for provokasjon. Provokative politimetoder kan bare tas i bruk mot den som er mistenkt for straffbare handlinger¹⁵⁹. Mistankekravet har nær sammenheng med årsakskravet, da det vanskelig kan argumenteres for at en straffbar handling ville blitt begått uavhengig av politiets engasjement, dersom ikke det foreligger og kan dokumenteres sterk mistanke mot personen¹⁶⁰.

8.2.1 Grunnvilkåret ved privat provokasjon

Ved privatprovokasjon tas det ifølge Høyesterettspraksis utgangspunkt i det samme grunnvilkåret som følger for politiprovokasjon. Det har ikke vært uttalt hvorvidt det at

¹⁵⁵ Rt. 1983 s. 1076, s. 1083

¹⁵⁶ Hopsnes (2003) s. 100

¹⁵⁷ NOU 2004: 6 s. 86

¹⁵⁸ Rt. 1984 s. 1076 på s. 1081

¹⁵⁹ NOU 2004: 6 s. 86

¹⁶⁰ l.c.

grunnvilkåret gjør seg gjeldende også innebærer et krav om årsakssammenheng, men det er nærliggende å anta at den type betraktninger vil være relevant også for privatprovokasjon.

I rt. 2011 s. 1455 var det spørsmål om frifinnelse på grunnlag av eventuell ulovlig handlingsprovokasjon fra en privatperson. I saken ble en eldre mann domfelt for forsøk på grooming. I saken hadde tiltalte tatt kontakt med en ung jente på nettet. Etter noe samtaleutveksling tok fornærmedes mor over meldingsutvekslingen, men utga seg for å være jenta gjennom hennes profil. Tiltalte trodde imidlertid at det var jenta han snakket med. Etter meldingsutveksling mellom tiltalte og mor ble de enige om å møtes. Moren kontaktet politiet som møtte vedkommende ved det avtalte møtestedet, og pågrep ham. Politiet hadde imidlertid ingen rolle i dialogen mellom moren og tiltalte, slik at det var hun som alene hadde stått for provokasjonselementene¹⁶¹. Følgelig var hun ikke en sivil medhjelper som skulle identifiseres med politiet.

For privatprovokasjon er utgangspunktet at grunnvilkåret kommer til anvendelse: at mistenkte ikke har blitt forledet til en handling han ellers ikke ville ha begått. Ved politiprovokasjon er dette tilstrekkelig til å anse provokasjonen som ulovlig. Ved privatprovokasjonen oppstilte Høyesterett i rt. 2011 s. 1455 ikke et konkret vilkår for når privatprovokasjon er ulovlig, men heller en vurdering for når frifinnelse kan skje med grunnlag i ulovlig privatprovokasjon. Høyesterett uttalte at «for at tiltalte skal kunne frifinnes på grunn av tilskyndelse fra private, må tiltalte ikke bare være blitt forledet til en handling som han ellers ikke ville ha begått, men det må også kreves at det etter en totalvurdering vil virke støtende og i strid med den alminnelige rettsfølelse å straffedømme den som er blitt lurt»¹⁶². Følgelig er det slik at dersom mistenkte skal bli frifunnet med grunnlag i ulovlig privatprovokasjon må grunnvilkåret være oppfylt. I tillegg må det fremstå støtende og i strid med den alminnelige rettsfølelsen å dømme vedkommende for den straffbare handlingen han har blitt forledet til å utføre. Hvis det fremstår støtende og i strid med den alminnelige rettsfølelse å straffedømme vedkommende må han frikjennes med grunnlag i at den private provokasjonen var ulovlig.

¹⁶¹ Fredriksen (2018) s. 141

¹⁶² Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 44

Følgelig er grensen for lovlig privatprovokasjon at privatpersonen ikke provoserer frem en handling hos objektet som ellers ikke ville blitt begått, som vil virke støtende og i strid med den alminnelige rettsfølelse å straffedømme tiltalte for. I rt. 2008 s.1659 uttalte som nevnt Høyesterett at provokasjon fra politi førte til frifinnelse på ulovfestet grunnlag, da det virker «støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet å anvende straff i slike tilfeller»¹⁶³. Denne formuleringen er svært lik den som oppstilles i rt. 2011 s. 1455. Ved politiprovokasjon vil brudd på grunnvilkåret i seg selv medføre at det er støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet å straffedømme vedkommende. For privat provokasjons vedkommende er imidlertid brudd på grunnvilkåret ikke i seg selv tilstrekkelig til å anse det å straffedømme støtende og i strid med den alminnelige rettsfølelse. Det stilles altså krav om mer for at straff skal anses støtende. Følgelig må terskelen for frifinnelse settes høyt¹⁶⁴.

I avsnitt 44 i rt. 2011 s. 1455 kommer Høyesterett med konkrete momenter som skal vektlegges ved vurderingen av om det er støtende og i strid med den alminnelige rettsfølelsen å straffedømme. Her følger det at «[det må] blant annet legges vekt på hvilket rettsgode som er beskyttet, tiltaltes handlemåte og hvor sterk grad av tilskyndelse som foreligger»¹⁶⁵. Rettsgodet som beskyttes i de sakene som har kommet opp i norsk rett om privatprovokasjon har for det meste vært å beskytte barn mot seksuelle overgrep fra voksne. Dette er et rettsgode man i stor grad ønsker å gi god beskyttelse, særlig når det foregår over sosiale medier hvor det er enkelt for voksne å kontakte barn uten at det kan kontrolleres av andre¹⁶⁶. Det kan tenkes at eksempelvis piratdrosjevirkosomhet er et rettsgode som er mindre ønskelig å beskytte med bruk av privat provokasjon, sammenlignet med seksuelle overgrep mot barn.

Høyesterett oppstiller i dommen eksempel på når det kan være støtende og i strid med alminnelige rettsfølelse å straffe tiltalte: dersom provokatøren er fornærmede selv, en som har utgitt seg for å være fornærmede, eller som har utført provokasjonen for å ivareta fornærmedes interesser¹⁶⁷. Denne uttalelsen følges imidlertid ikke nærmere opp, og det er derfor usikkert hva som faktisk ligger i dette.

¹⁶³ Rt. 2008 s. 1659 avsnitt 14

¹⁶⁴ Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 44

¹⁶⁵ l.c.

¹⁶⁶ LF-2016-106879

¹⁶⁷ Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 44

8.2.2 Initiativtakeren

Det nærmere innholdet og grensedragningen for grunnvilkåret kan i mange tilfeller være uklart. Et viktig moment i vurderingen av om politiet har fremprovosert en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått, er hvem som var initiativtakeren til den straffbare handlingen¹⁶⁸. Dersom initiativet til den straffbare handlingen kommer fra den mistenkte tilsier det at handlingen ville blitt gjennomført uavhengig av politiets påvirkning¹⁶⁹. Benytter politiet overtalelser eller press vil resultatet fort bli motsatt¹⁷⁰. I rt. 1993 s. 473 hadde politiets medhjelpere tatt initiativet til å stanse en tilfeldig bil i et område hvor man antok det kjørte piratdrosjer. Høyesterett vektla at det var ingenting som tilsa at den mistenkte ville ha stanset etter eget initiativ, således var den straffbare handlingen initiert av politiets medhjelpere, hvilket tilsa at politiet hadde fremprovosert en straffbar handling som ellers ikke ville bli begått¹⁷¹.

EMD har også tillagt initiativtakeren til den straffbare handlingen betydning ved vurderingen av om EMK er krenket. I *Teixeira de Castro v. Portugal* kom EMD til at politiet ikke hadde holdt seg tilstrekkelig passive, men derimot hadde «exercised an influence such as to incite the commission of offence»¹⁷², og dermed hadde fremkalt en handling som ellers ikke ville blitt begått. I *Shannon v. Storbritannia* ble saken avvist av EMD, med grunnlag i at det ikke var brudd på EMK art. 6 som anført. Her viste EMD til at «the crime was not instigated or incited by the journalist: he simply provided an opportunity to commit an offence and the applicant willingly took advantage»¹⁷³. Følgelig vektlegger de hvorvidt det var privatprovokatøren eller den mistenkte som tok initiativet til den straffbare handlingen. Journalisten hadde utvist lite initiativ, i tillegg til at den mistenkte ikke hadde blitt presset til å gjennomføre den straffbare handlingen, men heller hadde frivillig tilbudt seg å få tak i narkotika¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Rt. 1984 s. 1074, s. 1080

¹⁶⁹ NOU 2004: 6 s. 86

¹⁷⁰ l.c.

¹⁷¹ Rt. 1993 s. 473, s. 474-475

¹⁷² *Teixeira de Castro v. Portugal*, no. 25829/94, avsnitt 39

¹⁷³ *Shannon v. Storbritannia*, no. 67537/01, The Law

¹⁷⁴ *Shannon v. Storbritannia*, 67537/01, The law

EMD sin vurdering i Shannon v. Storbritannia ble fulgt opp i rt. 2011 s. 1455. Høyesterett uttalte ikke eksplisitt at hvem som er initiativtaker er viktig, men i avsnitt 44 følger at et moment i vurderingen av om det vil virke støtende og i strid med den alminnelige rettsfølelse å straffedømme, er hvor sterk grad av tilskyndelse som foreligger. I saken overtok moren kontakten for datteren sin, med formål om å avtale et møte slik at politiet kunne pågripe mannen. Kontakten pågikk over en viss tid, og mannen hadde ikke spurt om å møtes når moren overtok kontakten. Da moren overtok samtalen foreslo hun blant annet flere ganger å ringe tiltalte, samt at de skulle møtes hjemme hos ham. Høyesterett presiserte at moren hadde bidratt til å styrke den tiltaltes forsett med sin provokasjon etter at hun hadde overtatt kontakten. Dette var imidlertid ikke tilstrekkelig til at det var støtende å dømme tiltalte, da det var han som opprinnelig tok kontakt og hadde gitt uttrykk for at han ønsket å møte jenta¹⁷⁵. Det at kontakten hadde pågått over lang tid ga tiltalte mulighet til å trekke seg fra avtalen og kontakten. Dommen viser at til tross for en viss grad av tilskyndelse fra moren, ble den tiltaltes initiativ tillagt betydelig vekt ved vurderingen av om det var «støtende og i strid med den alminnelige rettsfølelse å straffedømme»¹⁷⁶.

Det kan være vanskelig å vurdere hvorvidt en person ville tatt initiativ til en straffbar handling uten privatpersonens provokative aktivitet. I Lisa-saken ble tiltalte i tingretten frikjent, da man anså medlemmet av Barnas Trygghet «som arkitekten bak den situasjonen som oppstod»¹⁷⁷. Videre mente også tingretten at «Lisa» aktivt forsøkte å arrangere møte med tiltalte, i tillegg til at «Lisa» chattet med en seksuelt ladet sjargong. Tingretten anså medlemmet av Barnas Trygghet som initiativtakeren, og mente derfor provokasjonen var ulovlig, fordi vedkommende hadde «forledet tiltalte til en handling han ellers ikke ville begått»¹⁷⁸. Tingretten vektla hvem som var initiativtakeren til møtet og i forlengelsen av dette den potensielt seksuelle omgangen. Tingretten viste til rt. 2011 s. 1455 og Shannon v. Storbritannia som grunnlag for dette.

I den påfølgende lagmannsrettsdommen vektla de også hvem som var initiativtaker til den straffbare handlingen, men kom likevel til motsatt resultat enn tingretten. Lagmannsretten var uenig med tingrettens vurdering, og vektla at tiltalte «deltok aktivt i planleggingen av møtet

¹⁷⁵ Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 45

¹⁷⁶ I.c.

¹⁷⁷ TSTRO-2016-73565 s. 5

¹⁷⁸ TSTTRO-2016-73565 s. 4 og 5

med «Lisa» under forutsetning av at de skulle treffes for å ha sex»¹⁷⁹. Til forskjell fra Tingretten la Lagmannsretten til grunn at den mistenkte hadde aktivt deltatt i planleggingen av møtet. Videre presiserte de at «Lisa» også var aktiv i planleggingen, og «har klart nok tilskyndet tiltalte». Dette kommenteres imidlertid ikke noe nærmere, men det tilsier at privatprovokatører har et større handlingsrom enn politiet til å initiere straffbare handlinger.

8.2.3 Marked

Det må finnes et marked for den straffbare handlingen som har blitt begått. I Rundskriv nr. 2/2000 fulgte det at politiet kun kan «tre inn hvor det allerede eksisterer «et marked» for den aktuelle type straffbar virksomhet»¹⁸⁰. Denne formuleringen er ikke direkte videreført i rundskrivet som kom i 2018, men det følger likevel av høyesterettspraksis at hvorvidt det foreligger et marked er relevant. Kravet om marked har sammenheng med kravet om årsakssammenheng. Dersom det foreligger et marked for den straffbare virksomheten vil det tilsi at den straffbare handlingen ville funnet sted også om politiets bidrag i hendelsesforløpet tenkes borte. I rt. 1984 s. 1076 uttaler Høyesterett om dette på s. 1082 at det må «sannsynliggjøres utover rimelig tvil at selgeren er positivt interessert i å omsette stoffet, og at stoffet – dersom politiet ikke hadde kjøpt - til noenlunde samme tid ville blitt omsatt til andre».

I rt. 1998 s. 407 kom Høyesterett til at det ikke forelå et marked for det forsøkte heleriet. Markedet var fiktivt og fremprovosert av politiet med bruk av politiagenter, og det var ifølge Høyesterett «helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot [...] løsesum» kunne blitt gjennomført¹⁸¹. Det var politiet som hadde brakt inn en mulig kjøper. Som følge av mangel på andre kjøpere enn politiets, mente Høyesterett at det ikke forelå et «marked» for omsetning av maleriet før politiets inntreden i hendelsesforløpet. Til tross for at initiativet til heleriet kom fra tiltalte, var mangelen på marked avgjørende.

¹⁷⁹ LF-2016-106879 s. 3

¹⁸⁰ Rundskriv nr.2/2000 del 3 pkt. 2.2

¹⁸¹ Rt. 1998 s. 407, s. 411

For privatprovokasjon sin del kan eksistensen av et marked også se ut til å ha noe betydning. I TSTRO-2016-73565 vurderte tingretten om den straffbare handlingen ville eksistert uavhengig av Barnas Trygghet sin påvirkning. Tingretten poengterte at politiet ved gjennomgangen av tiltaltes mobil ikke avdekket tilsvarende aktivitet på den aktuelle nettsiden overfor andre barn enn «Lisa». Den eneste aktiviteten av slik art politiet kunne avdekke var chattesamtalen «Lisa» hadde fremprovosert. Det må poengteres at dette nok er av liten betydning, i første rekke fordi det er uttalt i en tingrettsdom. Videre poengterer også tingretten selv at det ikke kunne anses som et særlig viktig forhold, men at det måtte tas i betraktning ved vurderingen av om det forelå en ulovlig provokasjon¹⁸².

8.2.4 Endring i tid, sted og utførelse

I rt. 1984 s. 1076 presiserte Høyesterett at det må «godtas at politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse». Politiet kan følgelig påvirke hendelsesforløpet og forårsake visse endringer, uten at det nødvendigvis medfører at grunnvilkåret er overtrådt¹⁸³.

Bakgrunnen for dette er at momenter som tid og sted sjelden har noen strafferettslig betydning¹⁸⁴. Endring i tid og sted tillates hvis politiets kontakt ikke har «vært årsak til en endring i objektets handlinger [som] har gjort handlingen straffbar eller mer straffverdig»¹⁸⁵. Dette utgangspunktet er senere fulgt opp i rettspraksis og rundskriv fra riksadvokaten¹⁸⁶.

Politiet har følgelig rom for å skyve den kriminelle handlingen forover eller bakover i tid. Eksempelvis vil det i en narkotikasak kunne godtas endringer i leveringstidspunkt¹⁸⁷. En slik endring i tidspunkt vil ikke gjøre handlingen mer straffverdig enn den allerede er. Samtidig er ikke dette helt uproblematisk, særlig hvis politiet fremskyver den kriminelle handlingen. I norsk rett kan forsøk på straffbare handlinger straffes jf. strl. § 16. For å straffe for forsøk må det imidlertid trekkes opp en nedre grense mot den straffrie forberedelse¹⁸⁸. Det kan tenkes tilfeller hvor politiet fremskynder en levering hvor gjerningspersonen er i tvil om gjennomføringen av handelen, og det er politiets fremskyving i tid som får han til å

¹⁸² TSTRO-2016-73565 s. 5

¹⁸³ Rundskriv nr. 2/2018 s. 3

¹⁸⁴ Hopsnes (2003) s. 97

¹⁸⁵ l.c.

¹⁸⁶ Rt. 2006 s. 120 avsnitt 37, Rundskriv nr. 2/2018 s. 3 og NOU 2016: 24 s. 345

¹⁸⁷ Rundskrivnr. 2/2018 s. 3

¹⁸⁸ Prop. 131 L (2012-2013) s. 49

gjennomføre handelen og overstige grensen for straffri forberedelseshandling. Blir forskyvelsen i tid så stor at man i realiteten oppretter en ny salgssituasjon kan det klart argumenteres for at politiets provokasjon av tid har fremprovosert en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.

Endring i stedet for den straffbare handlingen vil normalt ha liten betydning, den straffbare handlingen vil være like straffverdig om den foregår i Oslo eller Bergen. Så lenge den holdes innenfor landets grenser kan det vanskelig sies at endring i sted har gjort handlingen straffbar eller mer straffverdig¹⁸⁹.

Videre har politiet en viss adgang til å endre utførelsen, det vil si at de kan bidra til at den straffbare handlingen gjennomføres på en annen måte enn det gjerningspersonen opprinnelig hadde planlagt. Eksempelvis kan man tenke seg at politiet påvirker en gjerningsperson til å gjennomføre en kriminell handling med båt istedenfor bil, fordi det kan være lettere for politiet å kontrollere¹⁹⁰.

Ettersom det stilles strengere krav til lovlig politiprovokasjon sammenlignet med privat tilsier systembetraktninger at det må aksepteres at også privatpersoner fremprovoserer visse endringer i tid, sted og utførelse.

8.3 Tilleggs vilkårene

Dersom provokasjonen overholder grunnvilkåret, men bryter med noen av tilleggs vilkårene er det lite rettspraksis som gir veiledning for om det vil lede til frifinnelse¹⁹¹. I riksadvokatens rundskriv følger at dersom et av tilleggs vilkårene ikke er overholdt vil det ved avgjørelsen av påtalespørsmålet måtte foretas en helhetsvurdering av om etterforskningen samlet sett er beheftet med så grove mangler og betenkeligheter at den ikke kan godtas som grunnlag for tiltale og eventuelt dom¹⁹². Hvorvidt tilleggs vilkårene er overholdt må avgjøres på grunnlag

¹⁸⁹ Hopsnes(2003) s. 97

¹⁹⁰ Andorsen (2001) s. 11

¹⁹¹ Fredriksen (2018) s. 141

¹⁹² Rundskriv nr. 2/2018 s. 4

av alminnelig sannsynlighetsovervekt, ettersom det straffeprosessuelt sett er tale om saksbehandlingsfeil¹⁹³.

8.3.1 Mistanke om alvorlig kriminalitet

I rt. 1984 s. 1076 uttalte Høyesterett blant annet at politiprovokasjon bare tillates ved mistanke om «alvorlige lovovertrедelser». Dette fordi det er tale om en ekstraordinær etterforskningsmetode hvor man bevisst unnlater å stanse pågående eller fremtidig straffbar virksomhet¹⁹⁴. Ved anvendelsen av denne etterforskningsmetoden handler politi og påtalemyndighet i strid med de ordinære fremgangsmåtene og lar en straffbar handling utspille seg, til tross for at de er klar over at den kommer til å finne sted. Riksadvokaten har i sitt rundskriv presisert at «mistanke» må forstås som et krav om skjellig grunn til mistanke, og at graden av mistanke vil inngå i forholdsmessighetsvurderingen¹⁹⁵

Hva som menes med alvorlige lovovertrедelser ble ytterligere presisert i rt. 1993 s. 473. Høyesterett mente det å stanse piratdrosjevirkosomhet ikke var tilstrekkelig alvorlig til å begrunne provokasjonsbruken. Høyesterett uttalte at ved vurderingen av om provokasjon kan aksepteres, er det ikke slik at man ene og alene kan se på strafferammen. Det må også «tas hensyn til den samfunnsmessige betydningen av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet»¹⁹⁶. Dette tilsier at man ved vurderingen av kriminalitetens alvorlighet må se hen til kriminaliteten er et alvorlig samfunnsproblem på grunn av dens omfang eller karakter¹⁹⁷.

Riksadvokaten har i sitt rundskriv valgt å ikke detaljstyre hva som regnes som tilstrekkelig alvorlig kriminalitet. Vilåret er fleksibelt, hva som betegnes som alvorlig vil naturlig variere over tid. Rettspraksis viser imidlertid at narkotikasaker er tilstrekkelig alvorlig, men også seksuelle overgrep og alvorlige vinningsforbrytelser kan etter omstendighetene være omfattet, som eksempelvis i rt. 1998 s. 407

¹⁹³ Rundskriv nr. 2/2018 s. 4

¹⁹⁴ l.c.

¹⁹⁵ l.c.

¹⁹⁶ Rt. 1993 s. 473 s. 475

¹⁹⁷ Rundskriv nr. 2/2018 s. 4

For privat provokasjon sin del er det ingenting i rettspraksis eller juridisk teori som tilsier at man stiller et tilsvarende krav om alvorlig kriminalitet. Samtidig kan årsaken høyst sannsynlig være at de saker om privat provokasjon som foreløpig har vært i rettssystemet har dreid seg om grooming og seksuelle overgrep mot barn. Dette er kriminalitetstyper man har et sterkt ønske om å oppklare, og det har vært akseptert å anvende politiprovakasjon mot tilsvarende saksforhold.

8.3.2 Forholdsmessighetskravet

Av straffeprosessloven § 170a fremgår det at dersom en etterforskningsmetode utgjør et uforholdsmessig inngrep kan ikke metoden benyttes¹⁹⁸. Dette følger også av EMK. Politiet skal ved bekjempelse og etterforskning av kriminalitet benytte så lite inngripende midler som mulig. Følgelig er forholdsmessighetskravet en vurdering av om provokasjonen er forholdsmessig i henhold til den straffbare handlingen.

Kravet til alvorlig kriminalitet har aspekter av forholdsmessighet i seg, men forholdsmessighetskravet favner videre enn dette, og fordrer bredere vurdering¹⁹⁹. Her er det ikke bare provokasjonen som trekkes inn, men det er relevant hvorvidt den mistenkte er utsatt for andre inngripende etterforskningsmetoder i tillegg, eksempelvis infiltrasjon og provokasjon i kombinasjon. I Riksadvokatens rundskriv følger det at «i forholdsmessighetsvurderingen skal en ta hensyn til det samlede overvåkningstrykk som den mistenkte har vært, og kommer til å bli, utsatt for»²⁰⁰.

Et tilsvarende tilleggsvilkår om forholdsmessighet har foreløpig ikke vært oppstilt for privatprovokasjon. Samtidig kan det være forholdsmessighetsvurderinger i det det ikke må virke støtende og i strid med alminnelige rettsprinsipper å straffedømme vedkommende.

¹⁹⁸ Rundskriv nr. 2/2018 s. 5

¹⁹⁹ l.c.

²⁰⁰ l.c.

8.3.3 Subsidiaritet

I tilleggsvilkåret om subsidiaritet ligger det at provokasjon som etterforskningsmetode kun kan aksepteres når andre etterforskningsmetoder anses utilstrekkelige²⁰¹. Vilkåret blir også omtalt som indikasjonskravet²⁰². Hensynet bak subsidiaritetskravet er at denne typen etterforskningsmetoder er mer inngripende overfor den det rettes mot. Ved å stille krav om subsidiaritet forsøker man å ivareta borgernes rettssikkerhet ved at de utsettes for så lite invaderende inngrep som mulig. Dette utgjør naturlig nok ikke et absolutt krav om at alle ordinære etterforskningsmetoder må være utprøvd²⁰³. I så tilfelle hadde det satt store begrensninger for oppklaring og effektivitet i etterforskningen, og fratatt provokasjonen en del av sin funksjon. I riksadvokatens rundskriv poengteres det at i noen saker, begrunnet i erfaring fra saksfeltet og omstendighetene i saken, vil det kunne være på det rene at tradisjonell etterforskning ikke vil gi resultater, og at denne typen begrunnelse er tilstrekkelig for å ivareta subsidiaritetskravet²⁰⁴. Vilkåret fremstår som relativt skjønnsmessig, og vurderingen av det fordrer en viss erfaring og kompetanse. Det vil være politiets og påtalemyndighetens vurdering av muligheten for å nå frem med ordinære etterforskningsmetoder som er avgjørende. Følgelig vil det i praksis være vanskelig for andre å etterprøve og overprøve vurderingen av om dette vilkåret er innfridd.

Sett i forhold til privatprovokasjon har dette vilkåret liten overføringsverdi, og er ikke vurdert i rettsavgjørelsene som angår privat provokasjon.

8.3.4 Ikke være i strid med andre prosessuelle grunnprinsipper

Dette vilkåret innebærer krav om når provokasjon benyttes som etterforskningsmetode skal den ikke benyttes på en slik måte at den er i strid mot straffeprosessuelle grunnprinsipper²⁰⁵. Eksempelvis hadde politiet i rt.1999 s. 1269 anvendt provokasjonen slik at vernet mot

²⁰¹ Rundskriv nr. 2/2018 s. 4

²⁰² Se Hopsnes (2003) og Andorsen (2001). Jeg har valgt å betegne det som subsidiaritetskrav, ettersom det er det Riksadvokaten kaller det i sitt rundskriv.

²⁰³ Andorsen (2001) s. 15

²⁰⁴ Rundskriv nr. 2/2018 s. 4

²⁰⁵ I.c.

selvinkriminering ble berørt. Politiet foretok i realiteten et skjult avhør av den mistenkte, og det var i strid prosessuelle grunnprinsipper jf. strpl. § 232.

8.4 Beslutningskompetansen og krav til notoritet

Dette utgjør det tredje kravet og er således ikke et materielt tilleggsvilkår. Ifølge rundskriv 2/2018 er det statsadvokaten etter anmodning fra politimesteren eller visepolitimesteren som skal treffe beslutning om å anvende provokasjon som etterforskningsmetode²⁰⁶. At det er statsadvokaten som skal treffe den endelige avgjørelsen understreker at det er en inngripende etterforskningsmetode, da beslutningen treffes høyt oppe i systemet. Det stilles krav til gjennomføringsplan og tiltaksplan, og beslutningen skal være skriftlig, eller skrives ned så fort det er mulig²⁰⁷. Ved en etterfølgende domstolsbehandling er det viktig at beslutningene og vurderingene er veldokumentert, følgelig stilles det strenge krav til notoriteten. Vilkåret utgjør en viktig rettssikkerhetsgaranti. Det kan vanskelig oppstilles tilsvarende vilkår for private provokatører.

9.0 Lovfesting av politiprovokasjon?

Helt siden rt. 1984 s. 1076 har det vært knyttet spørsmål til hvorvidt politiets adgang til å bruke ekstraordinære etterforskningsmetoder burde lovreguleres²⁰⁸. Til tross for at dette spørsmålet har vært vurdert lenge, og flere europeiske land nå har lovfestet adgangen, har man i norsk rett blitt stående ved at spørsmålet skal være overlatt til domstolene.

I NOU 2004: 6 fremmet man for første gang et konkret lovforslag. Politimetodeutvalget tok her sterkt til orde for en lovfesting, og poengterte blant annet at det i «*norsk rett [...] har [blitt] trukket snevre grenser for hvilke inngrep i den private sfære som rammes av straffebestemmelser*», og at dette da har ført til at «*politiet har hatt anledning til å gå langt*

²⁰⁶ Rundskriv nr. 2/2018 s. 4

²⁰⁷ l.c.

²⁰⁸ Ot. Prp. Nr. 35 (1978-79) s. 179

*med den alminnelige handlefrihet som hjemmel»*²⁰⁹. Utvalget viser til at bruken av disse etterforskningsmetodene kan falle innunder EMK art. 8 nr. 1, og mener lovgiver bør ta et uttrykkelig standpunkt til metoden. Det virker som utvalget først og fremst ønsker å lovfeste provokasjonsadgangen for sikkerhets skyld, slik at man er helt sikker på å være innenfor hjemmelskravet som stilles av EMK og EMD.

Provokasjon er som politimetodeutvalget påpeker i NOU 2004: 6 en betenkelig etterforskningsmetode. En del av lovfestingen går på at politiet da blir pliktig ved lov å sikre dokumentasjon for hva som er gjort for å ivareta hensynet til rettsikkerheten²¹⁰. Dette vil i stor grad være hensiktsmessig for å sikre etterprøvbarehet og notoritet, og følgelig rettssikkerheten i forlengelse av det.

Lovfesting av vilkårene utelukkende med tanke på forebyggende virksomhet i relasjon til EMK art. 8 og inngrepshjemmelen hevdet departementet i ot.prp. nr. 69 (2004-2005) at var uheldig. Istedenfor å vurdere dette mer inngående nøyer de seg med å la anvendelsen av metoder som provokasjon fortsatt hjemles i ulovfestet rett²¹¹.

I NOU 2016: 4 ble spørsmålet igjen tatt opp. Her *«legger [straffeprosessutvalget] til grunn at det er hensiktsmessig å lovfeste de sentrale vilkår som er utviklet i praksis»*²¹². Utvalget begrunnet forslaget om lovfesting blant annet i et ønske om å tilfredsstille hjemmelskravet i EMK art. 8 nr. 2. Etterlevelse av legalitetsprinsippet er et rettspolitisk ideal, og de innholdsmessige kravene til hjemmelsgrunnlag for inngrep i henhold til EMK blir best ivaretatt gjennom lovgivning²¹³.

Legalitetsprinsippet står svært sterkt på strafferettens område, og gir vern for inngrep i den personlige og fysiske friheten, og økonomiske rettigheter. På disse områdene har det vært antatt at det strafferettslige legalitetsprinsippet stiller strenge krav²¹⁴. Det har i mindre grad vært stilt krav om formell hjemmel i lov for inngrep som går mer på privatlivets fred og

²⁰⁹ NOU 2004: 6 s. 175

²¹⁰ NOU 2004: 6 s. 175

²¹¹ Ot.prp. nr. 69 (2004-2005) s. 45

²¹² NOU 2016: 24 s. 345

²¹³ NOU 2016: 24 s. 342 og 343

²¹⁴ Frøberg (2015) s. 70

borgernes psykiske integritet²¹⁵. Her har heller den alminnelige handlefriheten i stor utstrekning vært akseptert som rettslig grunnlag. Utviklingen går imidlertid i retning av et styrket vern av privatlivet. Følgelig kan det være hensiktsmessig å være føre var og lovfeste provokasjonsadgangen i forkant av at en sak potensielt kan gå til EMD og bli pådømt der.

Videre har bruken av provokasjon i etterforskning, både fra privatpersoner og politi, potensielt store konsekvenser for rettsstatens borgere dersom den blir anvendt på en uforsiktig og vilkårlig måte. Dette taler sterkt for metoden bør lovreguleres.

Fliflet tar sterkt til orde at den alminnelige handlefrihet ikke er tilfredsstillende som rettsgrunnlag. Han poengterer blant annet at rettstilstanden ikke bare er utilfredsstillende, men at det også kan være farlig²¹⁶. Argumentet for å beholde dagens system med ulovfestede vilkår er at en lovfesting vil frata politiet fleksibiliteten som kreves ved provokasjonsbruken. Samtidig har andre ekstraordinære etterforskningsmetoder som kommunikasjonsavlytting blitt lovfestet de senere år²¹⁷, og er fortsatt anvendbart for politiet. Dersom man utformer en lovbestemmelse med utgangspunkt i de ulovfestede vilkårene som regulerer provokasjonsadgangen i dag vil politiet fortsatt kunne handle effektivt og rasjonelt, men med en formell konstitusjonell forankring.

10.0 Avsluttende bemerkninger

I oppgaven har det blitt gått nærmere inn på politi- og privatprovokasjon i lys av de hensyn og vilkår som oppstilles for politiprovokasjon. Det er liten tvil om at provokasjon er et nyttig verktøy ved oppklaringen av straffesaker. Ettersom det er tale om ulovfestet rett, får hensynene bak vilkårene stor plass. Særlig er rettssikkerhetshensynene viktige, da politiet er en representasjon for staten med formål om å beskytte borgerne, ikke lure de inn i straffbare handlinger. Vilråene utarbeidet i rettspraksis søker følgelig å sikre disse hensynene så langt det lar seg gjøre, uten at det går helt på akkord med kriminalitetsbekjempelsen. Det er liten

²¹⁵ Frøberg (2015) s. 70

²¹⁶ Fliflet (2017)

²¹⁷ Strpl. § 216 b

tvil om at begrensningen som foreligger for politiprovokasjon i dag er nødvendig og ønskelig.

Spørsmål rundt rettssikkerheten gjør seg imidlertid også gjeldende ved privatprovokasjon. Som nevnt over vil det for den som utsettes for provokasjon være likegyldig om provokatøren er politi eller privatperson. Isolert sett skaper ikke politiprovokasjon en større trussel for rettssikkerheten enn privatprovokasjon, til tross for at det er representanter for staten som utøver provokasjonen. Rettssikkerheten skal sikre forutberegnelighet og forhindre at borgerne blir lurt til å begå lovbrudd. Hvorvidt det er en polititjenesteperson eller en privatperson som lurert vil være det samme for den som blir utsatt for provokasjon. Jeg mener det stilles like store rettssikkerhetsspørsmål, om ikke større ved privat- kontra politiprovokasjon.

Politiprovokasjon stiller strenge krav til den formelle saksbehandlingen og notoriteten. Det er en effektiv måte å sikre at rettssikkerheten blir overholdt, og at det faktisk er grunnlag for å anvende provokasjon i det konkrete tilfellet. For privatprovokasjon sitt vedkommende vil man ikke på langt nær ha like gode kontrollmekanismer. Ved en påfølgende straffesak risikerer man også at saken ikke er godt nok opplyst til å avdekke den materielle sannheten.

Videre viser gjennomgangen at rettstilstanden er uklar og skjønnsmessig, hvilket tilsier at forutberegnelighetshensynet ikke blir ivarettatt. En politiprovokatør vil ha den alminnelige rettsstridsreservasjonen som beskyttelse, men det er usikkert hvordan en privatperson kan straffes for medvirkning til seksuelt overgrep mot et barn, når han vet barnet ikke eksisterer. At tiltalte i «Lisa»-saken ble frikjent i tingretten, og dømt i lagmannsretten med mange av de samme vurderingsmomentene til grunn viser bare hvor uklar og skjønnsmessig rettstilstanden faktisk er for den som blir «utsatt» for privatprovokasjon. Terskelen for frifinnelse er høyere ved privat provokasjon. Av den grunn mener jeg resultatet hadde blitt frifinnelse dersom det var en polititjenesteperson som hadde opptrådt på samme som privatprovokatøren i «Lisa»-saken. Dette er svært betenkelig i et rettssikkerhetsperspektiv. En handling som for «offeret» som påvirkes av provokasjonen fremstår lik, bør som utgangspunkt ikke kunne føre til så vidt forskjellige rettsvirkninger som frifinnelse og domfellelse, avhengig av om den du ble lurt av var politi eller privatperson. Rettssikkerhetshensyn tilsier at like tilfeller skal behandles likt.

Det er i alle tilfeller liten tvil om at provokasjon fra privatpersoner har kommet for å bli. Med stor sannsynlighet kommer denne typen saker til å dukke opp mer og mer i rettssystemet. Grupper som Barnas Trygghet har stor støtte i samfunnet, hvilket kan tilsi at befolkningen har mindre tiltro til politiets evner til å oppklare tilsvarende lovbrudd. Følgelig er det nødvendig at domstolene klargjør rettstilstanden i større grad. Et virkemiddel kan være å ha sammenfallende grunnvilkår for privat- og politiprovokasjon. Min oppfatning er at det hadde vært hensiktsmessig for å begrense muligheten for privatpersoner til å påta seg oppgaver som tilhører politiet, og sikre rettssikkerheten til den som blir «utsatt» for provokasjonen, og også for privatprovokatøren selv. I tillegg vil det bidra til å begrense misbruks- og kriminaliseringsfare. Siden det for «offeret» fremstår likt vil det ikke nødvendigvis være mindre støtende eller i strid med den alminnelige rettsfølelse å straffedømme vedkommende kun fordi en privatperson utførte provokasjonen. Ved overtredelse av vilkåret er noen blitt lurt til å begå en straffbar handling man ellers ikke ville begått, og det vil følgelig fremstå støtende å straffedømme tiltalte uansett, uavhengig av hvem som står bak provokasjonen.

11.0 Litteraturliste

11.1 Lover og konvensjoner

Lov 17. Mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Lov 4. april 1995 nr. 53 om politiet (politiloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 og straff (straffeloven)

11.2 Forarbeider og offentlige publikasjoner

Rundskriv nr. 2/2000 fra Riksadvokaten, Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode

Rundskriv nr. 2/2018 fra Riksadvokaten, Infiltrasjon og provokasjon som etterforskningsmetode – vederlag til politiets kilder

NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern Politimetoder i forebyggende øyemed

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

NOU 2017: 5 En påtalemyndighet for fremtiden – Påtaleanalysen

NOU 2019: 10 Åpenhet i grenseland – Bilder, film og lydopptak i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, skolen og barnehagen

Prop. 131 L (2012-2013) Endringer i straffeloven 1902 og straffeloven 2005 mv. forberedelse av terror m.m.)

Prop. 146 L (2020-2021) Endringer i straffeprosessloven mv. (aktiv saksstyring mv.)

Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet).

Innst. O. nr. 72 (2004-2005) Objektive grunnvilkår for personlig straffansvar

11.3 Rettspraksis

11.3.1 Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1984 s. 1076

Rt. 1992 s. 1088

Rt. 1993 s. 473

Rt. 1994 s. 319

Rt. 1998 s. 407

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2000 s. 1223

Rt. 2000 s. 1345

Rt. 2000 s. 1482

Rt. 2006 s. 120

Rt. 2008 s. 1659

Rt. 2011 s. 1455

11.3.2 Avgjørelser fra ting- og lagmannsrett

Sør-Trøndelag tingrett, 24.05.2016, TSTRO-2016-73565

Kongsberg og Eiker tingrett, 14.11.2017, TKOEI-2017-127185

Frostating lagmannsrett, 25.11.2016, LF-2016-106879 (Lisa-saken)

Borgarting lagmannsrett, 22.11.2018, LB-2018-34648

11.3.3 Avgjørelser fra internasjonale domstoler

Shannon mot United kingdom, no. 67537/01, [2004], EMDN – 2001 – 67537

Teixeira de Castro mot Portugal, no. 25829/94 [1998], EMDN – 1994 - 25829

11.4 Litteratur

Andersen, Kjell V., *Provokativ politietterforskning*, Jussens venner, 2001 s. 1-27

Eckhoff, Torstein, Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 11. utg. Universitetsforlaget, 2017

Filflet, Arne, *Politimetoder og rettssikkerhet – nå må lovgiver handle*, Lov og rett, vol. 56, 6, 2017 s. 307-308.

Fredriksen, Steinar, *Innføring i straffeprosess*, 4. utg., Gyldendal, 2018

Frøberg, Thomas, *Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet*, Jussens venner, 2015 s. 46-71

Hagen, Lasse, *Bruk av provokasjon ved etterforskningen av narkotikaforbrytelser*, Jussens venner, 06/1983(volum 18) 01.08.1983, s. 201-210

Halnes, Yasmine og Ugelvik, Synnøve, *Privat provokasjon strafferettslige og straffeprosessuelle konsekvenser av privatpersoners utfordrende etterforskningsvirksomhet*, Tidsskrift for strafferett, 03/2019 (volum 19), 04.11.2019, s. 258-287

Hopsnes, Roald, *Provokasjon som politimetode*, Jussens venner, 2003 s. 62-130

Jacobsen, Jørn RT, *Eit grunnriss av ei strafferettslig ansvarslære*, Tidsskrift for strafferett, 2012, s. 5-25

Kripos, *Seksuell utnyttelse av barn og unge over internett*, Politiet, 2019,
<https://www.politiet.no/globalassets/04-aktuelt-tall-og-fakta/seksuelle-overgrep-mot-barn/seksuell-utnyttelse-av-barn-over-internett.pdf>, lastet ned 14.05.21

Lomell, Heidi Mork, *Selvoppnevnte rettshåndhevere: Om fremveksten av «pedojegere» på nett*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 05/2020 (volum 132), 17.12.2020, s. 660-690

Nordhus, Magnus A., *Straffelovgivningens betydning for politiets kompetanse til å anvende provokasjon*, Tidsskrift for strafferett, 02/2020 (volum 20), 30.06.2020, s. 156-180

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 2. utg., Fagbokforlaget, 2019

11.5 Avisartikler og nettsider

Barnas trygghet, <https://www.barnastrygghet.no/>, lest 31.05.21

Koldberg, Sindre, *Politiet reagerer mot «Barnas trygghet»*, Bodø nu, 01. juni 2017, <https://bodonu.no/grooming/04.11-10:29>, lest 04.06.21

Sundby, Jens Christian, *Familiefar uthengt av «overgrepssjeger» på nett: - Som å få et nakkeskudd*, Nrk.no, 25. mai 2021, https://www.nrk.no/osloogviken/eksponerte-overgrepsdomte-pa-nett_-40-ar-tiltalt-1.15504964, lest 04.06.21